Die Aufrechnung der Genossenschaft mit ihrem Ausfall im Konkurse und Vergleichsverfahren des Genossen gegen dessen Geschäftsguthaben

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Karl Josef Baer

Regierungsassessor

aus Andernach am Rhein

1938

Druck: Trilitsch & Huther, Berlin O 17

Angenommen auf Bericht
des Herrn Professors Geheimrat Dr. Rauch.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. Gegenstand der Arbeit 5
§ 2. Übersicht über das einschlägige Schrifttum und die Rechtsprechung 6
§ 3. Die praktische Bedeutung der behandelten Frage 8

Hauptteil.

§ 4. Im Konkurse des Genossen bildet dessen Geschäftsguthaben für die Genossenschaft eine zur Aufrechnung geeignete Forderung . . 11
§ 5. Die Genossenschaft kann nach Empfang der Konkursdividende mit ihrer Ausfallforderung noch gegen das Geschäftsguthaben des Genossen aufrechnen 27
§ 6. Die Anmeldung der ganzen Forderung im Konkursverfahren und die Annahme der auf diese entfallenden Konkursdividende enthalten keinen Verzicht auf nachträgliche Ausfallaufrechnung . . . 43
§ 7. Nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs oder eines Vergleichs im Vergleichsverfahren bleibt das Recht zur Aufrechnung mit der ungekürzten Forderung erhalten, dagegen ist eine Ausfallaufrechnung ausgeschlossen 46
§ 8. Die Ausfallaufrechnung begründet keinen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB auf Rückvergütung zuviel erhaltener Konkursdividende 58

Schluß.

§ 9. Ergebnis der Arbeit 65

Einleitung.

§ 1. Gegenstand der Arbeit.

Manche Genossenschaften stehen vor der Frage, in welchem Umfange sie im Konkurse eines Genossen ein Aufrechnungsrecht haben.

Entsprechend der gesetzlichen Regelung (§ 1 Ziff. 1—8 GenG.) verfolgen die Genossenschaften den Zweck, dem Erwerbe oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder zu dienen. Dabei kommen für den Anschluß an Genossenschaften in der Hauptsache Personen in Frage, die aus kleinen wirtschaftlichen Verhältnissen entstammen. Dieser Umstand hat naturgemäß zur Folge, daß die Genossenschaften die für ihre Leistungen erlangten Forderungen den Genossen in größerem Umfange stunden müssen. In besonderem Maße bringt der Geschäftsbetrieb der Darlehns- und Baugenossenschaften die Entstehung beträchtlicher Außenstände gegenüber den Genossenschaften mit sich.

Für eine Aufrechnung der Genossenschaft mit ihrer Forderung gegen eine Gegenforderung des Genossen kommt regelmäßig nur dessen Anspruch aus dem Geschäftsguthaben in Frage. Andere Forderungen haben die Genossen gegen die Genossenschaften, wie die Erfahrung zeigt, nur selten. Soweit die das Geschäftsguthaben des Genossen bildenden Einzahlungen[1]) nicht durch Verlustabschreibungen verbraucht werden (§§ 19/73 GenG.), hat der Genosse die Möglichkeit, im Rahmen der ihm durch §§ 65/73 GenG. eingeräumten Rechtsbefugnis sein Geschäftsguthaben von der Genossenschaft zurückzufordern.[2])

Im Konkurse des Genossen fragt sich, inwieweit die Genossenschaft mit ihren Forderungen gegen den Anspruch des Genossen aus dem Geschäftsguthaben (§ 73 Gen.) mit Hilfe des § 53 KO. aufrechnen kann.

Unzweifelhaft liegt eine zur Aufrechnung geeignete Forderung des Genossen gemäß § 73 GenG. vor, wenn er aus der Genossenschaft ausgeschieden und die Auseinandersetzung mit ihm erfolgt ist. Sind Ausscheiden und Auseinandersetzung noch nicht vollzogen, so könnte § 54 KO. helfen, der in gewissem Umfange von den Erfordernissen der Fälligkeit und Gleichartigkeit einer Forderung befreit.

Die folgende Untersuchung soll klären, ob eine Aufrechnung der Genossenschaft gegen das Geschäftsguthaben des Genossen auch möglich ist, wenn dieser noch nicht aus der Genossenschaft

---

[1]) Parisius-Krüger, § 7 Anm. 2 u. 3.
[2]) Parisius-Krüger, § 7 Anm. 8.

unter Wahrung der in § 73 GenG. vorgesehenen Erfordernisse ausgeschieden ist. Weiterhin soll untersucht werden, ob die Genossenschaft bei der etwa möglichen Aufrechnungsbefugnis auch so vorgehen kann, daß sie sich zunächst mit ihrer vollen Forderung am Konkurs des Genossen beteiligt und sich die Quote auf die ganze Forderung geben läßt, und danach noch mit ihrer Ausfallforderung gegen den Anspruch des Genossen aus dem Geschäftsguthaben aufrechnen kann (kurz Ausfallaufrechnung genannt). Darf sie ebenso auch nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs oder eines Vergleichs im Vergleichsverfahren vorgehen? Entsteht hieraus ein Bereicherungsanspruch? Zweifellos kann die Genossenschaft, wenn die für eine Aufrechnung verlangten Erfordernisse vorliegen, zuerst mit ihrer Forderung aufrechnen und sich danach mit dem noch ungedeckt bleibenden Teil ihrer Forderung am Konkurs beteiligen. Hierbei würde die Genossenschaft jedoch erheblich weniger auf ihre Forderung erhalten als im anderen Falle. An folgendem Beispiel wird das deutlich:

Eine Genossenschaft soll gegen ihren Genossen eine Forderung von 10 000.— RM, der Genosse ein Geschäftsguthaben von 2000.— RM haben. Es ergeben sich zwei Möglichkeiten. Entweder: die Genossenschaft meldet ihre ganze Forderung an und erhält die Konkursdividende, angenommen 50 %,

50 % von 10 000.— RM = ... 5000.— RM

Die Genossenschaft hat also einen Ausfall von 5000.— RM erlitten. Mit diesem rechnet sie gegen das Geschäftsguthaben des Genossen auf, erhält also somit nochmals . . . . . 2000.— RM

zusammen: 7000.— RM

Oder: Die Genossenschaft rechnet zuerst gegen das Geschäftsguthaben auf und erhält so 2000.— RM

Sie bleibt demnach noch mit 8000.— RM unbefriedigt; diese meldet sie im Konkurse an und erhält darauf die Dividende von 50 % = ... 4000.— RM

zusammen 6000.— RM

Im Zusammenhang mit den aufgeworfenen Fragen ergeben sich eine Reihe von Schwierigkeiten, die in Schrifttum und Rechtsprechung bisher keine eingehende Würdigung erfahren haben.

§ 2. Übersicht über das einschlägige Schrifttum und die Rechtsprechung.

Im Schrifttum findet sich vielfach die Meinung,[1]) das Geschäftsguthaben sei vor dem Ausscheiden des Genossen schon

[1]) Jäger, § 53 Anm. 30 a, § 54 Anm. 12; Letschert, BlfG. 1927 S. 835; Parisius-Krüger, § 73 Anm. 7.

als Forderung zu betrachten und daher jederzeit ohne weiteres mit Hilfe des § 54 KO. im Konkurs zur Aufrechnung zu verwerten. Die Gegner dieser Ansicht[2]) behaupten, daß erst nach Ausscheiden des Genossen und der mit ihm dann vorzunehmenden Auseinandersetzung auf Grund des Geschäftsguthabens eine Forderung zur Entstehung gelange. Dagegen setzt sich keine der mitgeteilten Ansichten damit auseinander, welche Bedeutung dem Erfordernis der Kündigung und dem Auszahlungsverbot (§§ 65, 73, 22 GenG.) im Zusammenhang mit der behandelten Frage zukommt. Ebenso fehlt eine Stellungnahme der Rechtsprechung hierzu.

Auch die Frage der Ausfallaufrechnung ist noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. Das Reichsgericht[3]) hat nur einmal beiläufig auf die Möglichkeit hingewiesen, daß der Aufrechnungsberechtigte vermöge eines mit den Grundsätzen des Konkurses unvereinbaren Verhaltens das Recht verlieren könne, nach Beteiligung mit der ganzen Forderung am Konkurs später noch mit dem Ausfall aufzurechnen.

Zwei landgerichtliche Entscheidungen[4]) aus jüngerer Zeit haben die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung ausdrücklich bejaht. In einer neueren Entscheidung hat das Oberlandesgericht Hamm[5]) wieder den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Im Schrifttum werden bezüglich der Ausfallaufrechnung verschiedene Meinungen[6]) vertreten.

Nach einer Ansicht[7]) kann die Frage überhaupt nicht praktisch werden, weil in der Beteiligung mit der ganzen Forderung am Konkurs, ohne zuerst die etwa mögliche Aufrechnung vorzunehmen, ein Verzicht auf Vornahme der späteren Aufrechnung zu erblicken sei. Von Anderen wird die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung nicht in Abrede gestellt, es soll daraus aber ein Anspruch aus § 812 BGB. entstehen, weil die Aufrechnung gemäß § 389 BGB. mindestens bis auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung zurückwirke, und der Aufrechnende auf diese Weise überkonkursmäßige Befriedigung erhalten habe.[8])

In diesem Zusammenhang ist die Frage von Interesse, welche etwaigen Einschränkungen das Aufrechnungsrecht durch das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs oder Vergleichs

---

[2]) Lang, BlfG. 1927 S. 254 u. 835; Richers, BlfG. 1933 S. 7; Henzel, BlfG. 1935, S. 247.

[3]) RGZ. Bd. 26 S. 110 ff.

[4]) LG. Essen vom 28. 4. 1930 und LG. Leipzig vom 28. 4. 1931, abgedr. in BlfG. 1930 S. 79 u. 1931 S. 364.

[5]) vom 14. 2. 1935 in BlfG. 1935 S. 245.

[6]) Jäger, § 53 Anm. 30 a u. § 54 Anm. 12; Jäger, Lehrbuch S. 126; Parisius-Krüger, § 73 Anm. 7; Krakenberger, § 73 Anm. 7; Merckens, ZDNotV. 1905, S. 618 ff. u. LZ. 1912 Sp. 801, 1913 Sp. 374 ff. A. A.: Lang, BlfG. 1927 S. 254 u. 835; Richers BlfG. 1932 S. 7; Warneyer, § 53 Anm. 3.

[7]) Hullmann, S. 189 Anm. 5; Petersen-Kleinfeller, § 53 Anm. 4.

[8]) Richers, BlfG. 1933 S. 7.

nach der Vergleichsordnung erleidet. Hier hat vor allem das Reichsgericht[9]) sich eindeutig dahin ausgesprochen, daß der Zwangsvergleich das Aufrechnungsrecht in keiner Weise schmälert. Im Schrifttum wird vielfach der entgegengesetzte Standpunkt vertreten.[10]) Gegenüber dem Zwangsvergleich und dem Vergleich auf Grund der Vergleichsordnung erhebt sich vor allem die Frage, ob eine durch Vereinbarung gesicherte Ausfallaufrechnung mit Rücksicht auf §§ 181 KO. und 8 VerglO. Geltung behält.

§ 3. Die praktische Bedeutung der behandelten Fragen.

Wenn die aufgezeigten Fragen noch nicht in dem erwünschten Umfange Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen waren, so mag dies teilweise darauf zurückzuführen sein, daß der erforderliche Streitwert nicht erreicht war. Die Geschäftsguthaben, gegenüber denen die Ausfallaufrechnung erfolgen soll, bilden oft nur kleine Forderungen. Soweit aber nur ein geringfügiges Geschäftsguthaben vorlag, mag das Interesse an gerichtlicher Austragung gegenüber den geringen aus einer Ausfallaufrechnung in diesen Fällen zu erwartenden Vorteilen gefehlt haben. Lang[1]) meint, daß bei der nicht zu leugnenden juristischen Schwierigkeit der Fragen vielleicht beiderseits auf gerichtliche Austragung verzichtet worden sei. Damit verlieren die hier behandelten Fragen jedoch nicht an Bedeutung.

Zunächst kommt ihnen besonderes Gewicht vom theoretischen Standpunkt aus zu, weil sie in allen einschlägigen Kommentaren behandelt, als besonders vordringlich bezeichnet[2]) und gerade in letzter Zeit in der genossenschaftlichen Fachliteratur lebhaft erörtert werden.[3])

Daneben ist aber auch die praktische Bedeutung der angeschnittenen Fragen von großer Tragweite.[4]) Für die Baugenossenschaften sind beispielsweise Mindestgeschäftsanteile von 300.— RM gesetzlich vorgeschrieben. Die Kreditgenossenschaften fordern durchweg Geschäftsanteile von 100.— bis 500.— RM, und die gewerblichen Warengenossenschaften sogar solche bis zu 5000.— RM. Daher lohnt es sich, für die Genossenschaften, über die rechtlich etwa mögliche Ausfallaufrechnung

---

[9]) RGZ. Bd. 80 S. 407 und JW. 1915 S. 1031.

[10]) vgl. die Übersicht bei Jäger, § 53 Anm. 30.

[1]) BlfG. 1927 S. 836.

[2]) Parisius-Krüger, § 73 Anm. 7; Jäger, § 53 Anm. 30 a, u. a.

[3]) BlfG. 1914 S. 68 u. 688; 1916 S. 576; 1927 S. 254; u. S. 834; 1929 S. 100; 1930 S. 128; 1931 S. 79 u. S. 364; 1933 S. 7; 1935 S. 245; Werneburg, KonkTrh. 1935 S. 181.

[4]) Letschert, BlfG. 1927, S. 835 gibt an, daß die Frage der Ausfallaufrechnung in vielen Fällen Gegenstand gerichtlicher Entscheidung gewesen sei und von den Gerichten fast ausnahmslos bejaht worden sei.

im Konkurse des Genossen Klarheit zu schaffen. Die vom deutschen Genossenschaftsverband herausgegebenen Mustersatzungen für Kreditgenossenschaften[5]) und für Rohstoff-, Magazin-, Werk- und Lieferungsgenossenschaften[6]) sehen übereinstimmend vor: „Die auf den Geschäftsanteil geleisteten Einzahlungen zuzüglich Zuschreibungen von Gewinn und Abschreibungen von Verlust bilden das Geschäftsguthaben eines Mitglieds. Jede Abtretung oder Verpfändung desselben ist unzulässig und der Genossenschaft gegenüber unwirksam. Eine Aufrechnung des Geschäftsguthabens gegen die Schulden zum Nachteil der Genossenschaft ist nicht gestattet, der Genossenschaft gegenüber haftet das Geschäftsguthaben des Mitglieds für einen etwaigen Ausfall, den die Genossenschaft im Konkurse oder im Vergleichsverfahren des Mitglieds erleidet." In einer Fußnote hierzu heißt es: „Für die Zulässigkeit dieser Ausfallaufrechnung Jäger, Kommentar z. KO. 1933, § 53 Anm. 30a." Diese Bestimmungen haben fast alle zum deutschen Genossenschaftsverband zählenden Genossenschaften in ihre Statuten aufgenommen, sie werden auch von neuzugründenden Genossenschaften entsprechend den Richtlinien des Spitzenverbandes nachgeahmt. Das Statut will damit festlegen, daß dem Genossen, und an seiner Stelle im Konkurse dem Konkursverwalter eine Aufrechnung nicht gestattet sein soll, selbst wenn alle für eine Aufrechnung erforderlichen Voraussetzungen an sich vorliegen. Anderseits soll die Genossenschaft mit ihrem Ausfall im Konkurse und im Vergleichsverfahren gegen die Geschäftsguthabenforderung des Genossen aufrechnen können. Solange die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens aber nicht einwandfrei feststeht, wird bei dem großen Einfluß des deutschen Genossenschaftsverbandes auf alle Genossenschaften durch die angeführten statutarischen Bestimmungen insoweit eine Rechtsunsicherheit in den Rechtsverkehr getragen, die eine Würdigung der Ausfallaufrechnung mit allen im Zusammenhang damit auftauchenden Fragen als dringlich erscheinen läßt. Das Bedürfnis der Genossenschaften am Erwerb der Aufrechnungsmöglichkeit ist nicht zu leugnen. Sie wollen teils durch die Forderung sonstiger Sicherheiten die wirtschaftlichen Kräfte ihrer Mitglieder nicht zu sehr in Anspruch nehmen, teils ist aber mit Rücksicht auf deren wirtschaftliche Lage die Erlangung sonstiger Sicherheiten gar nicht möglich.

Die Ausfallaufrechnung kann auch bei Genossenschaften praktisch werden, die sie sich nicht durch entsprechendes Statut vorbehalten haben. Meist wird der Genosse oder an seiner Stelle der Konkursverwalter nicht aufrechnen können, weil die

---

[5]) § 35 Abs. 3 des Statuts.

[6]) § 35 Abs. 4 des Statuts.

Forderung aus dem Geschäftsguthaben noch nicht fällig ist.[7]) § 54 KO. gibt das Aufrechnungsrecht bei Vorliegen nichtfälliger Forderungen nur dem Gläubiger, nicht auch dem Schuldner.[8]) Der Konkursverwalter kann dann auch nicht von der Genossenschaft verlangen, daß diese das Geschäftsguthaben an die Masse auszahle. Zwar läßt sich gegenüber diesen Fällen darauf hinweisen, daß ein geschickter Konkursverwalter den Konkurs solange hinausziehen könnte, bis er selbst die Befugnis zur Aufrechnung zufolge Eintritts der Fälligkeit seiner Forderung erlangt hat. Der Konkursverwalter wird diesen Erfolg nicht immer herbeiführen können, so vor allem nicht, wenn die Masse alsbald zur Verteilung reif ist, von der Genossenschaft aber noch nicht verlangt werden kann, daß sie die Forderung des Gemeinschuldners begleiche. Sobald flüssige Masse vorhanden ist, verpflichtet § 149 KO. den Konkursverwalter zur jedesmaligen Auszahlung an die Gläubiger. Die Vielheit der für solche Aufrechnungslagen möglichen Fälle läßt sich hier nicht erörtern. Die zahlreichen Anfragen von Genossenschaften an ihren Spitzenverband[9]) beweisen zur Genüge, wie häufig die Frage nach der Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung auftritt.

---

[7]) Parisius-Krüger, § 73 Anm. 7 a. E.
[8]) Jäger, § 54 Anm. 1; Mentzel, § 53 Anm. 2; JW. 1915 S. 1029 Nr. 32
[9]) Nach Auskunft des deutschen Genossenschaftsverbandes in Berlin.

Hauptteil.

§ 4. Im Konkurse des Genossen bildet dessen Geschäftsguthaben für die Genossenschaft eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung.

Um alle im Zusammenhang mit der Ausfallaufrechnung klärungsbedürftigen Fragen berücksichtigen zu können, soll von folgendem Fall ausgegangen werden:

Die Genossenschaft hat gegen ihren Genossen eine dessen Guthaben übersteigende Forderung. Der Genosse fällt in Konkurs, ohne daß von irgend einer Seite die Mitgliedschaft gekündigt oder auf sonstige Art erloschen war. Wie vollzieht sich die etwa mögliche Aufrechnung der Genossenschaft mit ihrer Forderung gegenüber dem Genossen gegen dessen Anspruch aus dem Geschäftsguthaben?

In diesem nach der praktischen Erfahrung die Regel bildenden Falle[1]) könnte die Genossenschaft mit Hilfe der §§ 53, 54 KO. gegen das Geschäftsguthaben aufrechnen, wenn es auch schon vor Ausscheiden und vor Auseinandersetzung mit dem Genossen als aufrechenbare Forderung i. S. des § 387 BGB. zu gelten hätte. Diese Frage nach dieser rechtlichen Natur des Geschäftsguthabens wäre stets nur von theoretischer Bedeutung, wenn sie nicht als eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Aufrechnung beantwortet werden müßte.

Das Geschäftsguthaben des Genossen begründet unzweifelhaft eine Forderung, wenn der Genosse aus der Genossenschaft ausgeschieden, die Auseinandersetzung mit ihm erfolgt ist, und seit dem Ausscheiden längstens 6 Monate verstrichen sind. § 73 Abs. 2 S. 2 GenG. bestimmt: „Das Geschäftsguthaben des Genossen ist binnen 6 Monaten nach dem Ausscheiden auszuzahlen." Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann die Verwertung des Geschäftsguthabens zur Aufrechnung keine Schwierigkeiten mehr bereiten. Beide Teile, sowohl die Genossenschaft als auch der Genosse und an seiner Stelle der Konkursverwalter wären dann jederzeit zur Vornahme der Aufrechnung in der Lage.[2])

Die Genossenschaft könnte ein Interesse daran haben, nicht bis zum Eintritt aller in § 73 GenG. vorgesehenen Voraussetzungen warten zu müssen, sondern schon sofort nach Konkurseröffnung aufrechnen zu dürfen, um weiterhin nur

[1]) So Letschert, BlfG. 1927, S. 835.
[2]) Werneburg, Konk.Trh. 1935 S. 179.

noch mit dem die Gegenforderung des Genossen übersteigenden Teil ihrer Forderung am Konkurse beteiligt zu sein.

Die Aufrechnung wäre mit Hilfe des § 54 KO. der Genossenschaft ermöglicht, wenn das Geschäftsguthaben wenigstens als bedingte oder betagte Forderung im Sinne des § 54 KO. im Zeitpunkte der Konkurseröffnung angesehen werden könnte. § 54 KO. trifft nur solche Forderungen, bei denen lediglich die Fälligkeit, nicht auch die Entstehung aufgeschoben ist.[3]) Erst nach Konkurseröffnung zur Entstehung gelangende Forderungen sind gemäß § 55 KO. zur Aufrechnung während des Konkurses nicht verwertbar. Kann aber das Geschäftsguthaben des Genossen bereits vor seinem Ausscheiden aus der Genossenschaft als eine Forderung gegen die Genosenschaft, wenn auch als eine bedingte und betagte Forderung angesehen werden?

Eine verbreitete Ansicht verneint dies mit dem Hinweis darauf, das Geschäftsguthaben verkörpere vor Ausscheiden des Genossen lediglich ein Mitgliedschaftsrecht.[4]) Die Folge davon wäre, daß bei der nach dem Gesetz (§ 76 GenG.) zulässigen Veräußerung des Geschäftsguthabens der Erwerber gleichzeitig auch die Mitgliedschaft mit dem Geschäftsguthaben erwerben, und der Veräußerer sie verlieren müßte. Mitgliedschaft in der Genossenschaft ist aber möglich ohne Besitz eines Geschäftsguthabens.[5]) Der Erwerber eines Geschäftsguthabens muß die Mitgliedschaft noch besonders erwerben.[6]) Geht der Übergang des Geschäftsguthabens aber unabhängig von der Mitgliedschaft vor sich, so muß das Geschäftsguthaben ein selbständiges Recht darstellen. Dabei kann es sich nur um einen Leistungsanspruch an die Genossenschaft handeln. Das kann aber nur eine Forderung sein.[7])

Verwandt mit der vorerwähnten Ansicht sind die in früherer Zeit verbreiteten Meinungen, die das Geschäftsguthaben als Ausdruck eines Miteigentumsanteils des Genossen am Genossenschaftsvermögen ansprechen wollten.[8]) Wieder andere betrachteten es als ideellen Anteil[9]) oder als einfachen Gemeinschaftsanteil am Geschäftsvermögen der Genossenschaft.[10]) Diesen Ansichten widerspricht schon der Wortlaut des Gesetzes, das den Einlagen des Genossen die Bezeichnung „Guthaben" beilegt (§ 7 Ziff. 2 GenG.). Unter einem Guthaben wird allgemein eine Forderung verstanden. Der rechtliche Aufbau der

---

[3]) Jäger, § 54 Anm. 1 und 4.

[4]) Maurer-Birkenbihl nach Merckens, S. 618; Zimmermann S. 27, letzterer spricht von einem Geldwert der Mitgliedschaft.

[5]) Argumentum § 7 Z. 2 GenG.

[6]) § 76 Abs. 1 S. 1 GenG.

[7]) Sohm, A. Bd. 28 S. 188; Gierke S. 288.

[8]) RGZ. Bd. 1 S. 13.

[9]) OLG. Hamburg in SeuffA. Bd. 38 S. 2.

[10]) Endemann Bd. I S. 852; ROHG Bd. 17 S. 214.

Genossenschaft und ihre Eigenschaft als juristische Person lassen keine andere Erklärung zu, als daß sie ausschließliche Eigentümerin der Einlagen wird.[11]) In Übereinstimmung hiermit spricht § 73 GenG. dem ausscheidenden Genossen keinen Anspruch gegenüber besonderen Vermögensanlagen der Genossenschaft zu. Er hat nicht einmal hinsichtlich des Reservefonds einen Auseinandersetzungsanspruch.

Nach anderer Auslegung bildet das Geschäftsguthaben des Genossen vor Ausscheiden aus der Genossenschaft lediglich eine fiktive Rechnungsgröße.[12]) Waldecker[13]) behauptet, wer das Geschäftsguthaben als Forderungsrecht anerkennen wolle, verwechsele dessen wirtschaftliche Funktion mit der rechtlichen Natur desselben, das Gesetz habe in verschiedenen Vorschriften dem Geschäftsguthaben jedesmal eine andere Bedeutung beigemessen. Wahrscheinlicher ist jedoch, daß das Gesetz die rechtliche Natur des Geschäftsguthabens in Übereinstimmung mit seiner wirtschaftlichen Funktion ausgestalten wollte, wenn sich daher nur aus einer oder sogar aus mehreren Vorschriften die rechtliche Natur des Geschäftsguthabens als einer Forderung nachweisen ließ, so ist damit genug gewonnen. Dieser Nachweis ist aus den §§ 21, 22, 66, 73 und 76 GenG. zu führen.

Eine neuere Ansicht[14]) will das Geschäftsguthaben als den Ausdruck einer Beteiligung im gleichen Sinne auffassen, wie dies gegenüber den Beteiligungen bei den übrigen Gesellschaftsformen des Handelsrechts zu gelten habe. Die diese Gesellschaftsformen regelnden Gesetze sehen aber nirgends vor, daß ein Gesellschafter während Fortbestehens der Gesellschaft seine Einlage zuzüglich Gewinnzuschreibungen und abzüglich Verlustabschreibungen kündigen und zurückfordern kann, wie dies das Genossenschaftsgesetz zuläßt. Weiterhin wird gefolgert, das Geschäftsguthaben des Genossen könne vor seinem Ausscheiden ebensowenig eine Forderung bilden, wie dies gegenüber einer Beteiligung eines Gesellschafters vor Ausscheiden aus der Gesellschaft möglich sei. Bei allen im Gesetz geregelten Gesellschaftsformen entsteht jedoch ein Anspruch auf Auszahlung erst nach Durchführung einer Liquidation oder Auseinandersetzung (vgl. §§ 155, 161 Abs. 2, 300, 320 Abs. 3, 340 HGB. und 72 GmbHGes.). Zweifelhaft könnte dies zunächst allenfalls gegenüber einer offenen Handelsgesellschaft erscheinen, die auch ein Ausscheiden und verbunden damit einen Anspruch auf Auszahlung entsprechend der Beteiligung kennt, ohne daß eine Liquidation der Gesellschaft notwendig ist (vgl. §§ 138—140

[11]) Gierke S. 287—289.

[12]) Waldecker, Lehrb. S. 149. Ders. ZfH. 1915 S. 406 ff, ferner Riess in Ehrenbergs Handbuch, § 28 S. 139/140.

[13]) a.a.O.

[14]) Henzel BlfG. 1935 S. 247.

HGB.). Aber auch dort beweist der hierfür maßgebliche § 738 BGB., daß ein Anspruch erst auf Grund des Ausscheidens des Gesellschafters entstehen kann, denn er ergibt sich auf Grund einer zugunsten der verbleibenden Gesellschafter erfolgenden Anwachsung, zu deren Ausgleich andererseits der Anspruch erst begründet wird.

Da der Ausscheidende nach § 738 BGB. den Wert seines früheren Anteils an dem Gesamthandseigentum zu beanspruchen hat, und sich dieser erst in einer regelrechten Auseinandersetzung mit den Verbleibenden feststellen läßt, ist es ganz selbstverständlich, daß sein Anspruch dort zunächst auf die Vornahme dieser Auseinandersetzung geht.

Der aus § 73 GenG. sich ergebende Anspruch auf Auszahlung des Geschäftsguthabens läßt sich mit dem Anspruch eines ausscheidenden Gesellschafters nicht vergleichen. Den diesem letzteren entsprechenden Anspruch kennt auch das Genossenschaftsgesetz in § 91. Der während Bestehens der Genossenschaft auf Grund des § 73 GenG. ausscheidende Genosse macht keinen Anspruch geltend, der erst nach seinem Ausscheiden entstanden wäre, er hat keinen Anspruch gegen die verbleibenden Genossen, und es braucht nicht erst eine Bewertung bezw. Umwertung eines Sacheigentumsanteils in Geldwert stattzufinden. Hier läßt sich vielmehr auf Grund einfacher buchmäßiger Rechnungen das dem Genossen zustehende Geschäftsguthaben ermitteln. Das Ausscheiden des Genossen geht auch anders vor sich wie bei einer Liquidation. Die Genossenschaft braucht keine Liquidation vorzunehmen, wenn ein Genosse ausscheidet, sie ist auch nicht gehalten, ihren Geschäftsbetrieb nach den besonderen Gesichtspunkten einer Liquidation einzurichten. Mithin können auch die bei einer offenen Handelsgesellschaft möglichen Ausscheidungen von Gesellschaftern nicht zur Beurteilung des rechtlichen Vorganges herangezogen werden, der sich bei dem nach § 73 GenG. erfolgenden Ausscheiden aus einer Genossenschaft abspielt.

Diese rechtliche Grundlegung ist weiterhin nicht bestritten. Wenn Henzel[15]) ausführt, die Auseinandersetzung erst begründe bei der Genossenschaft ebenso wie bei der OHG. eine Forderung des Mitgliedes gegen die Gesellschaft, und im gleichen Absatz behauptet, eine Aufrechnung zwischen Geschäftsguthaben und Forderung der Genossenschaft sei nicht möglich mangels Gleichartigkeit (§ 387 BGB.), so liegt darin ein Widerspruch. Von dem Mangel der Gleichartigkeit läßt sich nur dort sprechen, wo zwei Forderungen an sich gegeben sind. Soll aber erst zufolge der Auseinandersetzung eine Forderung entstehen, so kann vorher keine vorgelegen haben.

Fragen ließe sich, ob nicht vor Ausscheiden dem Genossen

[15]) BlfG. 1935 S. 247.

ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb einer Forderung aus dem Geschäftsguthaben zustehe. Der Begriff des Anwartschaftsrechts ist dazu geprägt worden, in der Entstehung befindliche und noch nicht vollwirkende Rechte zu erklären.[16]) Mit der Entscheidung über das Vorliegen eines Anwartschaftsrechtes wäre jedoch für die Frage nach der Verwertbarkeit eines solchen Rechtes zur Aufrechnung nichts gewonnen, da für diese, wenn auch § 54 KO. eingreift, zumindest ein dem Grunde nach entstandenes Recht erfordert wird (§ 387 BGB.). Gerade die Entstehung des Rechtes selbst darf aber beim Anwartschaftsrecht noch nicht vollendet sein, weil dann für die Rechtswirkungen einer Anwartschaft kein Raum mehr bleibt. Deshalb war es notwendig, die Frage dahin zu stellen, ob in dem Geschäftsguthaben bereits vor Ausscheiden des Genossen eine Forderung, mindestens eine betagte oder bedingte Forderung erblickt werden konnte.

Nach der gesetzlichen Regelung begründet das Geschäftsguthaben vom Augenblick seiner Entstehung, also der ersten Einzahlung auf den Geschäftsanteil an eine Forderung des Genossen gegen die Genossenschaft. § 19 Abs. 1 Satz 2 GenG. in Verbindung mit § 17 Ziff. 2 GenG. schreiben für seine Ermittlung vor, daß es sich aus den Einzahlungen auf den Geschäftsanteil, aus den Zuschreibungen aus Gewinn und den Abschreibungen für Verlust errechne.[17]) Auf den Zeitpunkt des Ausscheidens aus der Genossenschaft bezogen läßt sich auch sagen: das Geschäftsguthaben drückt den Betrag aus, den der Genosse zu fordern hätte, wenn im Augenblick die Auseinandersetzung mit ihm gemäß § 73 GenG. vorzunehmen wäre.[18]) Damit ist die wirtschaftliche, aber noch nicht die rechtliche Bedeutung des Geschäftsguthabens umrissen. Für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Geschäftsguthabens ergeben sich Anhaltspunkte aus den §§ 21, 22 Abs. 2, 66, 73 und 76 GenG.

§ 66 GenG. hebt die Möglichkeit der Pfändung „des demselben (nämlich dem Genossen) bei der Auseinandersetzung mit der Genossenschaft zukommenden Guthabens" hervor. Mithin geht diese Vorschrift davon aus, daß im Augenblick der Pfändung ein Guthaben, also eine Forderung des Genossen gegen die Genossenschaft vorliegt. Wenn diese Forderung auch ihrem Umfange nach noch nicht festliegen mag, wie die Worte im § 66 GenG. „bei der Auseinandersetzung" andeuten, so wird sie dennoch als ihrem Grunde nach bestehend anerkannt. Denn Gegenstand der Pfändung kann, wenn dem Gläubiger in § 66 GenG. das Kündigungsrecht behufs seiner Befriedigung an Stelle des Genossen gewährt wird, nur der bestehende Anspruch aus

[16]) Enneccerus Bd. I § 75 IV.
[17]) RGZ. Bd. 47 S. 138 und Bd. 68 S. 93.
[18]) Deumer S. 227 mit weiteren Nachweisen.

dem Geschäftsguthaben sein. Aus diesem allein läßt sich das Recht zur Kündigung herleiten, da der Gläubiger auf Grund der erwirkten Pfändung des Geschäftsguthabens nicht Mitglied der Genossenschaft wird. Die Verwertung des gepfändeten Gegenstandes erfolgt sodann ganz im Gegensatz zu sonstigen Verwertungen von Gesellschaftsanteilen in der Weise, daß der Gläubiger von der Genossenschaft das dem Genossen zustehende Geschäftsguthaben herausverlangt. Wenn aber die Verwertung des Geschäftsguthabens lediglich in dieser Weise möglich ist, so muß das, was im Augenblick der nach § 66 GenG. zulässigen Pfändung deren Gegenstand ausmachte, bereits eine bestehende Forderung gewesen sein. Ein anderer Gegenstand für die Pfändung kommt nicht in Frage. Um wirksam zu sein, mußte die Pfändung aber einen Gegenstand haben. Weiterhin legt auch die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung „Geschäftsguthaben" bereits die Annahme nahe, daß darin eine schon vor dem Ausscheiden des Genossen gegebene Forderung erblickt werden soll.[19]) Das Oberlandesgericht Frankfurt[20]) leitet in einer Entscheidung vom 15. 4. 1908 diese Rechtsfolge auch aus der Entstehungsgeschichte des § 66 GenG. her.

Den gleichen Schluß rechtfertigt § 76 Abs. 1 GenG. Nach dieser Vorschrift bewirkt die zulässige Übertragung des Geschäftsguthabens für den Erwerber noch nicht den Anfall der Mitgliedschaft, diese muß er entweder bereits besitzen oder noch erwerben, sonst kann er kein Geschäftsguthaben erlangen. Wenn das Gesetz aber in dieser Weise die Veräußerung des Geschäftsguthabens, wie auch in § 66 GenG. seine Pfändung umschreibt, ohne daß es als Mitgliedschaftsrecht oder Mitgliedschaft begründendes Recht erscheint, und wenn es auch dessen Verpfändung zuläßt[21]), so kann es nur davon ausgehen, daß es sich bei dem Geschäftsguthaben um ein dem Genossen gegen die Genossenschaft zustehendes Vermögensrecht handelt. Nur solche Rechte sind grundsätzlich selbständig übertragbar, verpfändbar und pfändbar.[22]) Als ein solches Vermögensrecht kann aber hier nur eine Forderung in Frage kommen.

§ 21 GenG. verbietet, für das Geschäftsguthaben Zinsen zu vergüten. Demnach wird dem Geschäftsguthaben die Eigenschaft einer Forderung zuerkannt. Andernfalls wäre das Zinszahlungsverbot völlig überflüssig gewesen, da Zinsen nur dort gezahlt werden, wo eine Forderung vorliegt. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzgebers war, kommt besonders deutlich im Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes vom 24. November 1888

---

[19]) OLG. Frankfurt in LZ. 1908 S. 626.
[20]) OLG. Frankfurt a.a.O.
[21]) Argumentum § 22 GenG.
[22]) Sohm, A. Bd. 28 S. 187. Derselbe, Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 376, 383 und 387.

zum Ausdruck. Dort heißt es in § 21, Zinsen in bestimmter Höhe seien vom Geschäftsguthaben nicht zu zahlen, selbst wenn der Genosse Einzahlungen in höheren als den geschuldeten Beträgen geleistet habe.[23]) Soweit nun die Einzahlungen des Genossen über seinen Geschäftsanteil hinausgingen, hat er eine Nichtschuld gezahlt und hätte, wenn besondere Hindernisse nicht vorliegen (§ 814 BGB.), gemäß § 812 BGB. einen Anspruch auf Rückzahlung. Insoweit ist das Vorliegen einer Forderung des Genossen also unbestreitbar. Wenn aber die Bestimmung des Entwurfs hinsichtlich des Zinszahlungsverbotes die Einzahlungen, soweit sie sich im Rahmen des nach § 7 Ziff. 2 GenG. begründeten Statuts hielten, mit den diesen Rahmen übersteigenden Einzahlungen gleich behandelte, so folgt daraus, daß auch die auf das Geschäftsguthaben vorgenommenen Einzahlungen als Forderungen des Genossen anerkannt werden.

Das bestätigt § 22 GenG., der die Rückzahlung des Geschäftsguthabens an den Genossen verbietet, solange er Genossenschaftsmitglied ist. Eine Rückzahlung könnte aber nur bei einer Forderung in Frage kommen. Da der Gesetzgeber hiervon ausging, hatte es Sinn, in § 22 GenG. weiterhin der Genossenschaft zu verbieten, das Geschäftsguthaben eines Genossen im geschäftlichen Betrieb zum Pfande zu nehmen. Zur Rechtfertigung dieser Bestimmung gibt die amtliche Begründung[24]) u. a. an, in der Pfandbestellung liege unter Umständen nichts anderes als eine versteckte Rückzahlung. Die Motive[25]) sagen dazu weiterhin, daß die Genossenschaft an einer Pfandbestellung gegenüber dem Geschäftsguthaben kein Interesse haben könne. Mit Rücksicht auf „die Natur dieses Anspruches" sei anzunehmen, der Genosse könne durch einseitige Verfügung über das Guthaben das Recht der Genossenschaft, im Falle des Ausscheidens des Genossen sich wegen ihrer Forderungen durch Aufrechnung gegen das Guthaben zu befriedigen, ohnehin nicht schmälern. Die letztere Folge ergibt sich daraus, daß der Genosse nur im Wege des § 76 GenG. das Geschäftsguthaben übertragen und verpfänden kann, wobei er aber bis zur ordnungsmäßigen Auseinandersetzung wie ein Mitglied behandelt wird.[26]) Mithin ist aus der Äußerung der Motive zu entnehmen, daß das Geschäftsguthaben als Forderungsrecht betrachtet wurde.

Nach § 73 Abs. 2 GenG. hat der Genosse an den Reservefond und das sonstige Vermögen der Genossenschaft keinen Anspruch. Daraus läßt sich umgekehrt folgern, daß er im übrigen, soweit sein Geschäftsguthaben reicht, einen Anspruch

---

[23]) Drucks. d. Reichstags Nr. 28.
[24]) vgl. Zitat b. Parisius-Krüger, § 22 Anm. 9.
[25]) Drucks. d. Reichstags 1889 Nr. 28 S. 74.
[26]) Parisius-Krüger, § 7 Anm. 9.

haben soll. Mithin spricht diese gesetzliche Bestimmung ebenfalls für die Forderungseigenschaft des Geschäftsguthabens.[27]) [28])

Die hiernach aus der gesetzlichen Regelung zu entnehmende rechtliche Natur des Geschäftsguthabens als einer Forderung kann nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Anspruch auf das geht, was dem Genossen bei der Auseinandersetzung mit der Genossenschaft zusteht. Damit wird nicht über die Entstehung der Forderung entschieden. Daß solche noch nicht fälligen und ihrem Umfange nach feststehenden Ansprüche als Forderungen geltend gemacht werden können, wird in § 254 ZPO. ausdrücklich vorausgesetzt. Dort ist bestimmt, daß mit einer Klage auf Rechnungslegung die Klage auf das verbunden werden kann, was der Beklagte auf Grund des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses schuldet.

Eine der hier vertretenen Ansicht entgegenstehende Meinung ist der einzigen sich hierzu beiläufig äußernden Entscheidung des Reichsgerichts[29]) nicht zu entnehmen. Das Reichsgericht erwähnt dort die Möglichkeit der Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben bei dessen vorhandener oder bevorstehender Realisierbarkeit. Der Begriff der Realisierbarkeit (= mögliche Verwirklichung des Rechts) wird in der Rechtssprache nur dort gebraucht, wo nicht die Entstehung, sondern die Durchführung eines Rechtes in Frage steht. Den Gegnern der vorher dargelegten Ansicht[30]) ist zwar zuzugeben, daß das Reichsgericht damit noch nicht zugleich eine eindeutige Erklärung über die rechtliche Natur des Geschäftsguthabens abgegeben hat. Vermutlich erkennt es jedoch das Geschäftsguthaben des Genossen als Forderung an. Nur dann wäre verständlich, wenn es die Frage nach dem Vorliegen einer Kündigung der Mitgliedschaft und damit dem Ausscheiden des Genossen ausdrücklich dahingestellt sein lassen will[31]), und dennoch die Möglichkeit der Aufrechnung hervorhebt. Die Aufrechnung ist nämlich auch mit Hilfe des § 54 KO. nur zu rechtfertigen, wenn das Geschäftsguthaben schon vor dem Ausscheiden des Genossen als Forderung zu gelten hat.

[27]) Im Ergebnis zustimmend: Parisius-Krüger, § 7 Anm. 8; Jäger, § 53 Anm. 30a; Deumer S. 228 ff.; Brückmann S. 248; Werneburg S. 179; OLG. Frankfurt in LZ. 1908 S. 626. A. A.: Waldecker, ZfH. S. 406 ff.; derselbe, Lehrb. S. 149; Riess S. 139; Lang, BlfG. 1927 S. 836; Henzel, BlfG. 1935 S. 247.

[28]) Auch im österreichischen Recht hat das Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, ob das Geschäftsguthaben schon vor Ausscheiden des Genossen als Forderung zu gelten hat (vgl. Pisko S. 452). Da aber das österreichische GenG. für die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht eine jederzeitige Rückzahlung der Einlage zuläßt, wenn das Statut dies vorsieht, und ebenso auch die Möglichkeit der Verzinslichkeit der Einlage kennt (vgl. Pisko S. 458, III, 1), kann dort die ständige Forderungsnatur des Geschäftsguthabens noch weniger zweifelhaft sein wie im deutschen Recht.

[29]) RGZ. Bd. 26 S. 116.

[30]) Henzel, BlfG. 1935 S. 247; Lang, BlfG. 1927 S. 836.

[31]) RGZ. Bd. 26 S. 115/116.

Sogar Gegner der Forderungsnatur des Geschäftsguthabens erstreben hinsichtlich seiner rechtlichen Behandlung bei der Aufrechnung das gleiche Ergebnis, wie es sich bei Anerkennung der Forderungsnatur zwanglos ergibt. So führt Ruth[32]) aus, das Geschäftsguthaben gewähre dem Genossen, solange er nicht ausgeschieden sei, kein „irgendwie geartetes" Forderungsrecht. Dennoch sei die Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben zu befürworten. Da die Entstehung einer Forderung, nämlich der Auseinandersetzungsforderung, durch den Austritt und das Ausscheiden des Genossen erfolge, könne § 54 KO., der die Aufrechnung zwischen bedingten und betagten Forderungen im Konkurse zu Gunsten des Gläubigers zuläßt, immerhin „rechtsähnlich" angewandt und die an sich „künftige Forderung" des Genossen wie eine bedingte behandelt werden.[33]) Ruth hält dieses Ergebnis für angebracht, weil es unbillig wäre, der Genossenschaft die Verrechnung des Guthabens zu versagen, wenn der Schuldner die Austrittserklärung nicht abgebe und damit das Guthaben nicht zur Realisierung kommen lasse. Zweifelhaft erscheint, ob diese letztere Billigkeitserwägung die analoge Heranziehung des § 54 KO. rechtfertigt. Für die Analogie fehlt das Rechtsbedürfnis gegenüber der rechtlichen Möglichkeit und der in der Praxis allgemein bestehenden Übung der Genossenschaften, sich durch Statut für den Konkursfall des Genossen das Kündigungsrecht vorzubehalten. Soll aber immerhin das Geschäftsguthaben die Grundlage für eine „an sich künftige Forderung" abgeben können, so wäre wohl eine analoge Heranziehung des § 54 KO. nicht mehr notwendig.

Vielfach wird ohne weiteres behauptet, das Geschäftsguthaben sei als bedingte und betagte Forderung aufzufassen, bedingt durch das Ausscheiden und die darauf erfolgende Auseinandersetzung und betagt durch Ablauf der Sechsmonatsfrist nach dem Ausscheiden.[34]) Dabei handelt es sich aber nicht um eine wirkliche Bedingung im Sinne des § 158 BGB. Unter Bedingung in diesem Sinne verstehen wir ein zukünftiges „ungewisses" Ereignis, von dem die Durchführung eines bestehenden oder die Entstehung eines noch nicht bestehenden Anspruchs abhängt.[35]) Daß der Genosse aber einmal aus der Genossenschaft ausscheidet, ist gewiß, denn es gilt der Grundsatz der Unvererblichkeit (§ 77 GenG.), lediglich der Zeitpunkt des Ausscheidens ist unbestimmt. Mithin liegt nur eine betagte Forderung vor.[36]) So werden auch allgemein Forderungen, deren Fälligkeit von einer Kündigung abhängt, als betagte Forderungen

[32]) JW. 1935 S. 1583 Anm. 22.

[33]) Ohne Vorliegen einer dem Grunde nach wenigstens gegebenen Forderung wäre auch § 54 KO. nicht anwendbar. Jäger, § 54 Anm. 4.

[34]) Parisius-Krüger, § 7 Anm. 8 Abs. 2; Jäger, § 53 Anm. 30a.

[35]) Langheineken S. 51 mit zahlr. Nachweisen.

[36]) Langheineken S. 59; Deumer S. 264; Glafey S. 65.

bezeichnet.[37]) Die Abhängigkeit des Geschäftsguthabens von dem jeweiligen Stande der Beteiligung macht dieses nicht zur bedingten Forderung. Vielmehr ist in dieser Abhängigkeit zwischen Einlagen und Verlustanteilen des Genossen keine echte Bedingung, sondern eine im Begriffe des Geschäftsguthabens wurzelnde, also eine Rechtsbedingung zu erblicken.[38]) Außerdem sind Betagung und Bedingung zugleich unmöglich, weil das Unterscheidungsmerkmal zwischen echter Bedingung und Zeitbestimmung gerade darin liegt, daß bei ersterer der Eintritt des entscheidenden künftigen Ereignisses ungewiß, bei letzterer gewiß ist.[39]) Ebensowenig kann von einer gleichzeitigen Befristung die Rede sein, da hierzu Voraussetzung wäre, daß ein Anspruch erst in Zukunft zur Entstehung gelangte[40]), das ist aber vorher verneint worden. Die Bezeichnung des Geschäftsguthabens als eines bedingten Anspruchs ist gegenüber § 54 KO. dennoch unschädlich, weil unter diese Vorschrift auch die von einer Rechtsbedingung abhängigen Ansprüche fallen.[41]) Die letzteren bilden gerade die Hauptfälle, und bei ihrem Ausschluß würde die Anwendbarkeit des § 54 KO. erheblich beschränkt. Ebenso ist es gegenüber der Betagung für die Geltung des § 54 KO. gleichgültig, ob diese auf Gesetz oder Abrede beruht.[42]) Mithin kann das Geschäftsguthaben gegenüber § 54 KO. in dem erörterten Sinne als bedingte (Rechtsbedingung) und zugleich betagte Forderung angesprochen werden.

Dennoch ist die Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben des Genossen nicht ohne weiteres zu jeder Zeit möglich. Sie kommt nämlich im Ergebnis einer Rückzahlung des Guthabens gleich.[43]) Diese ist in § 22 Abs. 2 GenG. verboten. Das Gesetz will das Zurückfließen des Guthabens aus guten Gründen nur zulassen, wenn der Genosse aus der Genossenschaft ausgeschieden ist. Das Ausscheiden erfolgt, von besonderen Fällen abgesehen, auf vorangegangene Kündigung der Mitgliedschaft (§ 65 GenG.). Vor Ausspruch der die Endigung der Mitgliedschaft vorbereitenden Kündigung darf daher eine Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben nicht erfolgen. § 54 KO. kann von dem Erfordernis der Kündigung nicht befreien. Diese Vorschrift will lediglich die Hindernisse von Betagtheit und Bedingtheit einer Forderung ausräumen, nicht von weiteren darüber hinaus etwa noch bestehenden besonderen Bindungen der Forderungen absehen. Die Motive[44]) enthalten die Begründung: „Entzieht das

[37]) Mentzel, § 54 Anm. 2.
[38]) Brückmann S. 264; Glafey S. 65.
[39]) Staudinger, § 163 Anm. 2.
[40]) Langheineken S. 69.
[41]) Motive z. KO S. 282 II; Langheineken S. 170; Jäger, § 54 Anm. 12; RGZ. Bd. 58 S. 11.
[42]) Jäger, § 54 Anm. 4.
[43]) Parisius-Krüger, § 22 Anm. 11.
[44]) Motive z. KO. S. 1463.

Zivilrecht eigenartige Forderungen überhaupt einer Kompensation[45]), so kann gegen diese auch im Konkursverfahren nicht aufgerechnet werden." § 22 GenG. begründet nun, wie auch die Motive annehmen, ein solches über die Voraussetzungen von Bedingtheit und Betagtheit hinausgehendes Hindernis, das durch § 54 KO. nicht ausgeräumt wird.

Andernfalls würde den besonderen Bindungen nicht Rechnung getragen, denen das Geschäftsguthaben unterworfen ist. Wie das Geschäftsguthaben durch die Konkurseröffnung unverändert bleibt (nur die Verfügungsmacht hierüber geht auf den Konkursverwalter über, er könnte also die Mitgliedschaft kündigen, §§ 3, 6 KO.), so wird insbesondere auch § 22 GenG. durch die Konkurseröffnung und die Geltung des § 54 KO. in keiner Weise beeinträchtigt.[46]) Diese stärkere Kraft des § 22 GenG. gegenüber § 54 KO. ergibt sich deutlich, wenn man die beiden Bestimmungen gegenüberstellt. § 73 GenG. hätte an sich schon die Auszahlung des Geschäftsguthabens vor Ausscheiden des Genossen verhindern können, denn das Geschäftsguthaben wird danach erst nach Ausscheiden des Genossen fällig. Wenn dennoch in einer besonderen Bestimmung, nämlich in § 22 GenG., nochmals ein Auszahlungsverbot niedergelegt wurde, so folgt daraus, daß auch abgesehen von § 73 GenG. in jedem sonst möglichen Falle die Auszahlung des Geschäftsguthabens vor Endigung der Mitgliedschaft ausgeschlossen sein soll.

Das Geschäftsguthaben hat besonderen Zwecken zu dienen, denen seine jederzeitige Weggabe widersprechen würde. Es soll zunächst den mit der Genossenschaft in Geschäftsverbindung tretenden Gläubigern als Sicherheit dienen[47]), soweit diese der Genossenschaft im Vertrauen auf die Zahl der Mitglieder und deren Einlagen Kredit gewähren. Der Genossenschaft selbst soll das Geschäftsguthaben die notwendige Betriebsgrundlage verschaffen. Diese Betriebsgrundlage wollte der Gesetzgeber möglichst vor unvorhergesehenen Schwankungen sicherstellen und der Genossenschaft ermöglichen, Veränderungen vorzeitig erkennen und in Rechnung ziehen zu können[48]). Hierdurch soll zugleich den Interessen der Gläubiger der Genossenschaft gedient werden, denn durch solchen Schutz wird die Wirtschaftlichkeit und damit die Kreditfähigkeit der Genossenschaft gefördert.

Mithin kann von dem Erfordernis der Kündigung gegenüber § 54 KO. nicht abgesehen werden, da andernfalls die Mitgliedschaft nicht beendet wird, solange diese aber fortdauert, § 22

---

[45]) Motive a.a.O. und Sarwey-Bossert, § 53 Anm. 1, 1 geben als Beispiele an §§ 393, 394 BGB.; 850—852 ZPO.; 22 GenG.; 221 HGB.; 118 GewO.

[46]) OLG. Frankfurt in LZ. 1908 S. 665.

[47]) Krakenberger, § 22 Anm. 7; Fuchs S. 32 mit Hinweis auf die ökonomische Bedeutung des Geschäftsguthabens.

GenG. die Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben des Genossen hindert[49]).

Aus der Aufrechnungserklärung könnte nicht ohne weiteres eine Kündigung entnommen werden. Diese erfordert in jedem Falle die Schriftform und die Erklärung, daß gekündigt werde (§ 65 GenG.). Wollte man ohne diese formgerecht erfolgte Austrittserklärung das Geschäftsguthaben zur Auszahlung bezw. Aufrechnung freigeben, so käme man im Ergebnis dazu, daß gemäß § 54 KO. entgegen § 22 GenG. einem Genossen sein Guthaben zurückbezahlt wird, ohne daß er die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft verloren hat: ein unmögliches Ergebnis!

Im Schrifttum wird die Frage nach der Notwendigkeit der Kündigung allenthalben übergangen. Ihre Behandlung konnte nur von den Anhängern der Forderungsnatur des Geschäftsguthabens erwartet werden. Diese weisen jedoch nirgends auf die sich aus § 22 GenG. gegenüber § 54 KO. ergebenden Schwierigkeiten hin[50]). Bei den in der Rechtsprechung behandelten Fällen war ein Eingehen hierauf nicht erforderlich, da die Kündigung dort überall bereits erfolgt war[51]).

Wenn nun das Geschäftsguthaben, sofern bei Konkurseröffnung nicht gekündigt war, im Zeitpunkte der Konkurseröffnung auf Grund des § 54 KO. nicht als fällig gelten durfte, so fragt sich, ob dann während des Konkurses bei Nachholung der Kündigung gegen das Geschäftsguthaben überhaupt aufgerechnet werden kann. § 54 KO. erfordert nämlich, daß die aufrechenbare Forderung „im Zeitpunkte der Konkurseröffnung" nur bedingt oder betagt ist[52]). Die trotz der Erleichterungen des § 54 KO. später erst fällig werdenden Forderungen sind gemäß § 55 KO. zur Aufrechnung ungeeignet. Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zu Grunde, daß im Interesse der gleichmäßigen Befriedigung aller beteiligten Gläubiger Ausnahmen von dem Grundsatz des § 15 KO. nur insoweit zugelassen werden sollen, als sie nicht zur Begründung neuer nach Konkurseröffnung erst entstehender Selbstbefriedigungs- und Vorzugsrechte führen[53]). Die Entstehung eines neuen Aufrechnungsrechtes nach Konkurseröffnung kommt hier jedoch nicht in Frage. Daher fällt der vorliegende Fall weder unmittelbar unter die Vorschrift des § 54 KO. noch die des § 55 KO., und es scheint zunächst die Möglichkeit zu bestehen, die Aufrechnung analog § 54 KO. für zulässig oder analog § 55 KO. für unzulässig zu erklären[54]). Die

[48]) Entw. 1888 S. 73/74.

[49]) Zustimmend anscheinend Lang, BlfG. 1927, S. 836.

[50]) Jäger, § 53 Anm. 30a; Parisius-Krüger, § 7 Anm. 8, § 73 Anm. 11; Krakenberger, § 73 Anm. 7.

[51]) OLG. Frankfurt in LZ. 1908 S. 665; RGZ. Bd. 26 S. 126; LG. Leipzig in BlfG. 1931 S. 364.

[52]) Mentzel, § 54 Anm. 1.

[53]) Jäger, § 55 Anm. 1; Mentzel, § 55 Anm. 2; Motive zur KO. S. 234.

[54]) Hinweis auf einen ähnlichen Fall bei Herling S. 19.

letztere Möglichkeit muß jedoch ausscheiden. Der hier in Frage stehende Fall ist dem in § 54 KO. vorgesehenen rechtsähnlicher als dem in § 55 KO. behandelten.

Nach Ansicht des Reichsgerichts fallen unter § 55 Ziff. 1 KO. (diese Ziffer des § 55 kann hier nur in Frage kommen) keine Ansprüche, die schon zur Zeit der Konkurseröffnung für den Fall begründet waren, daß der Konkursverwalter die Erfüllung eines bestehenden Vertrages verweigerte[55]). Darin kommt der richtige Gedanke zum Ausdruck, daß es sich im Grunde genommen um die Forderung aus dem gleichen Schuldverhältnis handelt, wenn statt der ursprünglichen Vertragsleistung Schadensersatz geleistet werden muß. Was für den Fall der Erfüllungsverweigerung maßgeblich ist, muß noch mehr für unseren Fall gelten, da hier die mit Hilfe des § 54 KO. aufrechnungsfähig gemachte Forderung auf die gleiche Leistung vor und nach der Kündigung gerichtet ist. So darf sie nicht als eine erst nach Konkurseröffnung entstandene Forderung im Sinne des § 55 Ziff. 1 KO. behandelt werden, denn im Zeitpunkte der Konkurseröffnung stellte das Geschäftsguthaben bereits eine Forderung dar, die lediglich wegen eines besonderen Hindernisses (§ 22 GenG.) trotz der Bestimmung des § 54 KO. zur Aufrechnung unverwendbar war. Lag aber eine bedingte Forderung vor, so bestand auch ein bedingtes Recht zur Aufrechnung. Die durch das Aufrechnungsrecht verheißene Vorzugsstellung darf nun nicht mehr verkümmert werden[56]) [57]), auch wenn die Bedingung erst nach Konkurseröffnung eintritt[58]). Zumindest dürfte daher § 54 KO. analog gelten, mag auch seine unmittelbare Anwendung ausgeschlossen bleiben. Der Verkehr rechnet sehr wesentlich mit der in einer Gegenforderung liegenden Deckung, selbst wenn diese Gegenforderung erst betagt oder noch bedingt ist. Die Motive[59]) weisen darauf hin, daß in Würdigung eines solchen Interesses sich schon zur Zeit der Geltung der preußischen Konkursordnung, die keine dem § 54 KO. entsprechende Vorschrift kannte, ein Handelsbrauch dahin gebildet hatte, die Aufrechnung mit betagten und bedingten Forderungen im Konkurs zuzulassen. Schließlich folgern die Motive, daß die Aufrechnung als Sicherungseinrichtung des Gläubigers nicht anders betrachtet werden dürfe wie ein Pfandrecht für eine betagte oder bedingte Forderung. War aber das Geschäftsguthaben vor der

---

[55]) RGZ. Bd. 58 S. 11; Bd. 79 S. 129.

[56]) Herling S. 18; Jäger, § 15 Anm. 15. Hierbei handelt es sich um einen das ganze Rechtssystem allgemein beherrschenden Gedanken, vgl. § 30 Abs. 1 Nr. 6 Ges. z. Regelung der landw. Schuldverh. v. 1. 6. 1933 (RGBl. I S. 331), §§ 19 Abs. 4 u. 19a Abs. 4 der VO. über Zwgsv.Maßn. v. 26. 5. 1933 (RGBl. I S. 302) u. Art. 1 § 7 Abs. 2 der AusfVO. v. 14. 2. 1933 (RGBl. I S. 64), RG. v. 21. 3. 1935 in KonkTrh. 1935 S. 106/107.

[57]) Stenogr. Ber. S. 1465.

[58]) vgl. ähnlichen Fall bei Herling S. 20.

[59]) Stenogr. Ber. S. 1465.

Kündigung und bei Konkurseröffnung bereits als Forderung zu betrachten und konnte trotz der Erleichterungen des § 54 KO. von dem Erfordernis der Kündigung nicht abgesehen werden, so blieb es dennoch eine im Zeitpunkte der Konkurseröffnung bedingte und betagte Forderung im Sinne des § 54 KO. Daher kann das Geschäftsguthaben während des Konkurses zufolge analoger Anwendung des § 54 KO. jederzeit zur Aufrechnung von der Genossenschaft verwandt werden, wenn die Kündigung der Mitgliedschaft, sei es auch erst nach Konkurseröffnung, erfolgt ist.

Die Kündigung kann seitens des Genossen jederzeit vorgenommen werden (§ 65 GenG.), sie muß mindestens 3 Monate vor Schluß des Geschäftsjahres erklärt werden. Durch Statut kann eine andere, höchstens aber zweijährige Kündigungsfrist festgesetzt werden. Die Genossenschaft dagegen hat nach §§ 67, 68 GenG. nur in wenigen Fällen nach dem Gesetz ein Kündigungsrecht, wenn sie nicht von der Ermächtigung Gebrauch gemacht hat, durch Statut sich weitere Gründe für die Kündigung vorzubehalten (§ 68 Abs. 2 GenG.). Diese Befugnis haben fast alle Genossenschaften ausgenutzt. Insbesondere haben die Mustersatzungen des deutschen Genossenschaftsverbandes den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bezw. des Konkurses oder Vergleiches zum Kündigungsgrund erhoben[60]). Soweit aber in einem Falle die Tatsache der Konkurseröffnung der Genossenschaft nach ihrem Statut kein Kündigungsrecht geben sollte, muß die Verwendung des Geschäftsguthabens zur Aufrechnung der Genossenschaft versagt werden. Denn wenn sie ohne Eintritt des Konkurses keine Möglichkeit zur Kündigung hatte (abgesehen von den in §§ 67, 68 GenG. genannten Fällen), so darf ihr auch die Tatsache der Konkurseröffnung bei Fehlen einer entsprechenden statutarischen Bestimmung nie das Recht zur Aufrechnung geben, da der Konkurs zunächst das Mitgliedschaftsrecht unberührt läßt. Daher muß es bei dem Verbot des § 22 GenG. bleiben, daß ohne Endigung der Mitgliedschaft die Rückzahlung, mithin auch die Verrechnung des Geschäftsguthabens unstatthaft ist. Andernfalls käme man zudem zu einer Umgehung des § 65 GenG., der von sich aus für den Konkurs keine anderen Kündigungsvoraussetzungen festlegt.

Die Kündigung hätte die Genossenschaft unverzüglich zum Genossenschaftsregister anzumelden. Eine Zurückstellung dieser Anmeldung bis 3 Wochen vor Ablauf der Kündigungsfrist darf ihr hierbei nicht gestattet sein (§ 69 GenG.), da die Genossenschaft bereits vor Eintritt des Zeitpunktes, zu dem die Kündigung wirkt (meist das Ende des Geschäftsjahres), Rechte

[60]) vgl. § 3 Abs. 2c der Mustersatzungen des deutschen Genossenschaftsverbandes in Berlin für Kredit- und Rohstoff-, Werks-, Magazin- und Lieferungsgenossenschaften.

aus ihr herleiten kann. Die Eintragung im Register dient aber zur Offenbarmachung von Mitglieder- und damit Vermögensveränderungen der Genossenschaft gegenüber Dritten, insbesondere den Gläubigern. Auf sie kann daher nicht verzichtet werden. Ohne Vorliegen einer Kündigung könnte aber eine Eintragung im Register wiederum nicht erfolgen, woraus hervorgeht, daß von dem Erfordernis der Kündigung auch im Konkursverfahren nicht abgesehen werden darf.

Wenn nun nach Konkurseröffnung die Kündigung der Mitgliedschaft von irgend einer Seite erfolgt ist, so fragt sich, ob die Genossenschaft gemäß §§ 53, 54 KO. sofort aufrechnen darf, oder ob sie den Eintritt der besonderen in § 73 GenG. vorgesehenen Voraussetzungen, also Ablauf der Kündigungsfrist und Ermittlung der Bilanz abwarten muß. Der Fall ist nicht anders zu beurteilen wie gegenüber einer Kündigung, die bereits vor Konkurseröffnung ausgesprochen wurde, wo aber der Zeitpunkt der Endigung der Mitgliedschaft ebenfalls noch nicht eingetreten ist.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 22 GenG.) müßte jegliche Aufrechnung vor Endigung der Mitgliedschaft ausgeschlossen sein. Die Würdigung der mit §§ 22 und 73 GenG. verfolgten Zwecke in Verbindung mit den durch den Konkurs bewirkten Änderungen der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse zwischen Genossenschaft und Genossen führen jedoch dahin, die jederzeitige Aufrechnung zuzulassen, wenn Kündigung und Konkurseröffnung, ganz gleich in welcher Reihenfolge, eingetreten sind. §§ 22, 73 GenG. verfolgen in erster Linie die Interessen der Genossenschaft. Sie soll vor plötzlichen und nicht längere Zeit vorausgesehenen wirtschaftlichen Anforderungen geschützt sein, wie sie durch die Rückforderung von Geschäftsguthaben auftreten könnten[61]). Das starre Festhalten an diesen gesetzlichen Grundsätzen im Konkursfall würde den mit §§ 22, 73 GenG. verfolgten Gedanken in sein Gegenteil verkehren. Der Konkurs erstrebt die Liquidation des Vermögens des Gemeinschuldners, das bedeutet restlose Austeilung, die nach der praktischen Erfahrung regelmäßig nichts Pfändbares übrigläßt. Daher heißt es für die Gläubiger, in diesem Verfahren versuchen zu retten, was noch zu retten ist. Zwar gestattet § 164 KO., nach Konkursende wegen der unbefriedigten Forderungen wieder gegen den Schuldner mit Einzelvollstreckung vorzugehen. Für die Genossenschaft wird jedoch gegenüber dem Geschäftsguthaben des Genossen eine solche Einzelvollstreckung selten in Frage kommen, da das Geschäftsguthaben vorher zur Konkursmasse gehörte und daher gemäß § 166 KO. der Nachtragsverteilung unterliegt[62]). Im Zeitpunkte der Nach-

[61]) Motive 1889 Nr. 28 S. 51.
[62]) vgl. jedoch Jäger, § 166 Anm. 2; Richers BlfG. 1933 S. 8.

tragsverteilung wird aber ein Aufrechnungsrecht schon deshalb praktisch gegenstandslos sein, weil der Konkursverwalter während des Konkurses möglichst alle Forderungen des Gemeinschuldners eingefordert haben wird. Könnte die Genossenschaft nicht aufrechnen, bevor der Konkursverwalter das Recht zur Aufrechnung oder zur Forderung der Zahlung erlangte, so müßte sie länger am Konkurs beteiligt bleiben, als ihren Interessen entspricht. Der Gemeinschuldner hätte aus einer solchen zeitlichen Ausdehnung der Konkursbeteiligung keine Vorteile zu gewärtigen. In § 54 KO. kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß schwebende Schuldverhältnisse im Konkurs einer möglichst schnellen und einfachen Lösung zuzuführen sind[63]). Mithin muß der Genossenschaft im Konkurse ihres Genossen, sofern die Kündigung erfolgt ist, jederzeitige Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben gemäß §§ 53, 54 KO. gestattet sein[64]).

Demgegenüber weist Henzel[65]) darauf hin, daß eine vorzeitige Aufrechnung — gemeint ist hier eine Aufrechnung vor Aufstellung der Bilanz zum Jahresende — gegenüber dem Geschäftsguthaben ausgeschlossen sei. Erst am Jahresende sei die für die Ermittlung des Geschäftsguthabens maßgebliche Bilanz aufzustellen, und dann erst lasse sich praktisch das Geschäftsguthaben ermitteln. Andernfalls bestehe die Gefahr einer Benachteiligung der verbleibenden Genossen. Diese Begründung versagt. Aus den nach § 33 GenG. von der Genossenschaft zu führenden Geschäftsbüchern ist die Ermittlung des Geschäftsguthabens eines Genossen stets möglich. Es läßt sich in jedem Gechäftsbetriebe auf Grund der Geschäftsbücher zu jedem Tag eine Zwischenbilanz aufstellen. In einer Reihe von Vorschriften setzt das Gesetz die Möglichkeit, das Geschäftsguthaben eines Genossen jederzeit zu kennen, sogar voraus, und zwar in §§ 22, 76, 138, 140, 142 GenG., wo es hinsichtlich desselben Auszahlungsverbote, Veräußerungsfähigkeit bezw. Beteiligung bis zu bestimmten Summen und die Kenntnis von etwaiger Überschuldung vorschreibt. Demnach kann weder das Fehlen einer rechtlichen noch tatsächlichen Möglichkeit zur jederzeitigen Ermittlung des Geschäftsguthabens anerkannt werden. Eine Schädigung der verbleibenden Genossen durch vorzeitige Ermittlung des Geschäftsguthabens[66]) läßt sich bei sorgfältiger vorläufiger Bilanzierung mit Wahrscheinlichkeit vermeiden. Es kann gegebenenfalls mehr den Interessen der Genossenschaft und damit der an ihr beteiligten Genossen entsprechen, etwa vor Eintritt des für die endgültige Bilanz maß-

[63]) Jäger, Lehrb. S. 127.

[64]) So im Ergebnis, allerdings ohne die vorhergehende Kündigung zu verlangen, Jäger, § 53 Anm. 30a; Parisius-Krüger, § 73 Anm. 7; Krakenberger, § 73 Anm. 2d.

[65]) Henzel BlfG. 1935, S. 247.

[66]) Henzel BlfG. 1935 S. 247.

geblichen Jahresendes aufrechnen zu dürfen, wenn auch die Gefahr eines möglichen Nachteiles hierbei sich nicht restlos vermeiden ließe. § 54 KO., der in erster Linie die konkursmäßige Schuldenbereinigung durch Einbeziehung noch nicht fälliger Forderungen bezweckt[67]), bestimmt ganz allgemein, daß Betagung und Bedingung einer Forderung des Schuldners oder des Gläubigers kein Hindernis für die Aufrechnung bilden sollen, sodaß etwaige überwindbare Schwierigkeiten und mögliche Gefährdungen der Geltung des § 54 KO. nicht entgegenstehen dürfen. Demnach ist mit Hilfe des § 54 KO. im Konkurse die jederzeitige Aufrechnung gegen das Geschäftsguthaben von Seiten der Genossenschaft grundsätzlich möglich, sobald die Kündigung der Mitgliedschaft erfolgt ist.

§ 5. Die Genossenschaft kann nach Empfang der Konkursdividende mit ihrer Ausfallforderung noch gegen das Geschäftsguthaben des Genossen aufrechnen.

Für die Aufrechnung im Konkurs bestimmt § 53 KO.: Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen. Hieraus wird mit Recht gefolgert, daß der Gläubiger seine Forderung zur Tabelle anmelden kann, sie aber nicht anmelden muß (Befreiung von der Konkursteilnahmelast)[1]). In keinem Falle unterliegt er mit seiner Forderung, soweit sie aufrechenbar ist, den durch das Konkursverfahren herbeigeführten Beschränkungen[2]). Die Vorschrift besagt folgerichtig weiter, daß der Gläubiger, soweit er die Aufrechnung erklärt, diese selbständig und außerhalb des Konkursverfahrens vornimmt[3]). Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß es den Aufrechnungsgläubiger gegenüber den gewöhnlichen Konkursgläubigern bevorzugen will, indem ihm die Forderung, ähnlich wie dem Absonderungsberechtigten das Pfand als Sicherheit dienen soll[4]). Darin kommt der Gedanke zur Geltung, daß ein Gläubiger, der seinem Schuldner etwa mit Rücksicht auf dessen Gegenforderungen Kredit gewährt hat, in seinem Vertrauen auf diese Sachlage geschützt werden soll[5]). Für den Konkurs spricht noch die weitere Erwägung mit, daß es unbillig erscheinen müßte, vom Gläubiger die Einzahlung seiner Schuld zur Masse zu ver-

---

[67]) Jäger, § 65 Anm. 1.

[1]) Jäger, § 53 Anm. 24, 29 und 30.

[2]) Jäger, § 53 Anm. 30 mit dem zutreffenden Hinweis, daß im Falle der Verneinung letzterer Rechtsfolge das Gesetz etwas Selbstverständliches geregelt hätte, da es jedem Gläubiger freisteht, seine Forderung nicht anzumelden.

[3]) Jäger, a.a.O., Ausnahme von § 12 KO.

[4]) Stenogr. Ber. 1875 S. 1462.

[5]) ähnlich Herling S. 1, 2.

langen, während er für seine eigene Forderung nur konkursmäßig befriedigt wird. Dem trägt § 53 KO. Rechnung. Damit ist der Aufrechnungsgläubiger gegenüber dem Absonderungsberechtigten besser gestellt, weil er nicht wie dieser das Risiko der Pfandverwertung trägt. Darüber hinaus hat das Gesetz den Aufrechnungsgläubiger dadurch bevorzugt, daß es den in § 64 KO. niedergelegten Ausfallgrundsatz auf den Absonderungsberechtigten beschränkt, seine Anwendung auf den Aufrechnungsberechtigten also ausschließt. Gemäß § 64 KO. kann der Absonderungsberechtigte nur insoweit konkursmäßige Befriedigung verlangen, als er nicht aus der Pfandsache Befriedigung erhalten oder auf abgesonderte Befriedigung verzichtet hat. Sodann macht § 153 KO. die Auszahlung der Konkursquote an den Absonderungsberechtigten nochmals davon abhängig, daß er den Verzicht oder den Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung nachweist. Aus der Nichtausdehnung dieser Grundsätze auf den Aufrechnungsberechtigten muß entnommen werden, daß das Gesetz diesen bewußt besser stellen wollte.

Hier ließe sich der Einwand erheben, der Gesetzgeber habe eine Ausdehnung des Ausfallgrundsatzes auf den Aufrechnungsberechtigten nicht festzulegen brauchen, da sich die Geltung dieses Grundsatzes für den Aufrechnungsberechtigten schon aus der Natur der Sachlage ergebe[6]). Diese Schlußfolgerung ist unzutreffend. Wird die Aufrechnung zuerst vorgenommen und danach die Restforderung zur Tabelle angemeldet, so entspricht das Ergebnis der Befriedigung des Absonderungsberechtigten. Das Ergebnis bleibt auch noch dasselbe, wenn der Gläubiger zunächst seine ganze Forderung zur Tabelle anmeldete und dann nachträglich aufrechnete, bevor er Zahlungen auf seine Forderung erhalten hatte. Zufolge der Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB.) ist es nämlich, solange die Forderung des Gläubigers noch unbefriedigt blieb, gleichgültig, zu welcher Zeit die Aufrechnung erfolgte. Man kann aber vom Gesetzgeber nicht ohne weiteres annehmen, er habe nur diese Fälle bedacht, als er die Ausdehnung des Ausfallgrundsatzes auf den Aufrechnungsberechtigten unterließ. Wenn er mit § 53 KO. dem Aufrechnungsberechtigten die Aufrechnung zu jeder beliebigen Zeit gestattete, bringt er damit zum Ausdruck, daß er sie für alle möglichen Fälle gelten lassen wollte.

Nach der gesetzlichen Regelung ist aber die Möglichkeit gegeben, daß der Aufrechnungsberechtigte zunächst mit seiner ganzen Forderung am Konkursverfahren teilnimmt und auf diese sich die Quote auszahlen läßt. Der durch die Quote nicht gedeckte Teil der Forderung bleibt bestehen. Mit der Restforderung muß die Aufrechnung weiterhin zulässig sein.

[6]) Aehnlich E. B. in BlfG. 1909 S. 344, der ausführt, § 64 KO. enthalte einen allgemeinen Grundsatz für das Konkursrecht.

Wenn die Konkursordnung diese dem materiellen Recht in Verbindung mit § 53 KO. entsprechende Rechtsfolge nicht gelten lassen wollte, so hätte sie den Ausfallgrundsatz auf den Aufrechnungsberechtigten ausdehnen müssen, es sei denn, daß der Gesetzgeber davon ausging, dieser Grundsatz oder zum gleichen Ergebnis führende Grundsätze ergäben sich bereits aus dem Wesen des Konkurses. Der Gesetzgeber hätte aber mit dem Vertrauen darauf, daß diese Rechtsfolgen sicher erkannt würden, den Eintritt einer großen Rechtsunsicherheit in Kauf genommen. Die Vermutung muß gegen ein solches Vorgehen sprechen. Wenn aber, wie Letschert[7]) mitteilt, bei den verschiedenen Gerichten die Zulässigkeit der hier in Frage stehenden Ausfallaufrechnung als jahrzehntealter fester Brauch anerkannt ist, so kann darin eine Bestätigung der hier entwickelten Rechtslage gesehen werden, denn es ist anzunehmen, daß der besagte Gerichtsbrauch dem Gesetzgeber bekannt war.

Wäre § 64 KO. nicht geschaffen worden, so könnte der Absonderungsberechtigte gemäß §§ 47, 48 KO. so vorgehen, daß er zunächst mit seiner ganzen Forderung sich am Konkurs beteiligte und für den Ausfall sich nach Ausschüttung der Quoten an dem Pfand erholte. Die Begründung eines Pfandrechtes hat ja gerade den Zweck, eine Sicherheit gegen jeglichen Ausfall zu schaffen. Dieses Vorgehen müßte umso unbedenklicher erscheinen, als sich die Pfandverwertung außerhalb des Konkurses vollzieht. Ein ganz ähnliches Vorgehen ergab sich für den Aufrechnungsberechtigten mit Hilfe der §§ 53, 54 KO. Dennoch hat der Gesetzgeber lediglich für den Absonderungsberechtigten eine Bestimmung (§ 64 KO.) geschaffen, die ihm den Vorteil einer Ausfallsicherheit entzog.

Ist mithin davon auszugehen, daß der Gesetzgeber im Konkurse dem Aufrechnungsberechtigten bewußt eine günstigere Rechtsstellung einräumen wollte als dem Absonderungsberechtigten, so muß die Ausfallaufrechnung zulässig sein. Andernfalls würde der Aufrechnungsberechtigte dem Absonderungsberechtigten gleichstehen[8]).

Das Reichsgericht[9]) hat zu dieser Frage nur beiläufig[10]) in einer älteren Entscheidung einmal Stellung genommen. Lang[11]) und Warneyer[12]) wollen aus dieser Entscheidung die Ablehnung der Ausfallaufrechnung entnehmen. Hätte das Reichsgericht sagen wollen, daß die Ausfallaufrechnung grundsätzlich ausgeschlossen sei, so wäre der Hinweis unnötig gewesen, „daß der Gläubiger vermöge eines Verhaltens, welches mit der Fortdauer

---

[7]) BlfG. 1927 S. 835.
[8]) Jäger, § 53 Anm. 30a; Krakenberger, § 73 Anm. 2a.
[9]) RGZ. Bd. 26 S. 110 ff.
[10]) So auch Merckens LZ. 1912 Sp. 809.
[11]) BlfG. 1927 S. 836.
[12]) Warneyer, § 53 S. 237 Abs. 3.

des Rechtes zur Aufrechnung unvereinbar ist, letztere verliert". Die weiteren Ausführungen des Reichsgerichts lassen klar erkennen, daß es bei gegebener Sachlage die Möglichkeit eines Verlustes zunächst des Rechtes zur Ausfallaufrechnung[13]) und sodann jeglicher Aufrechnungsbefugnis für möglich hält. Von einem Verluste der Ausfallaufrechnung und der gewöhnlichen Aufrechnung kann aber nur gesprochen werden, wenn die Möglichkeit solcher Aufrechnungsrechte an sich bejaht wurde. In den Ausführungen des Reichsgerichts kommt die in früherer Zeit vielverbreitete Ansicht zum Ausdruck[14]), daß in bestimmtem Verhalten ein Verzicht auf die Aufrechnung zu erblicken sei. Damit wird die grundsätzliche Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung nicht in Abrede gestellt.

Das Reichsgericht[15]) hat im einzelnen ausgeführt: „Hierüber ist hier nicht zu entscheiden, weil bei vorhandener Kompensationslage anders, als bei vorhandenem Absonderungsrechte, die Erhebung einer Konkursdividende von der Geltendmachung der Aufrechnung oder einem ausdrücklichen Verzicht auf dieselbe nicht abhängig ist, während indessen nicht ausgeschlossen ist, daß der Gläubiger vermöge eines Verhaltens, welches mit der Fortdauer des Rechtes zur Aufrechnung unvereinbar ist, letztere verliert." Damit erklärt das Reichsgericht, daß es die Ausfallaufrechnung nicht ablehnen könne, weil §§ 64/153 KO. für den Aufrechnungsberechtigten nicht gelten (vgl.: „. . . die Erhebung einer Konkursdividende von der Geltendmachung der Aufrechnung oder einem ausdrücklichen Verzicht auf dieselbe nicht abhängig ist"), daß es aber dennoch die Ausfallaufrechnung in dem besprochenen Falle noch nicht schlechthin zugeben könne, da möglicher Weise dem Gläubiger zufolge besonderen Verhaltens das Recht der Ausfallaufrechnung verlorengegangen sei.

Hierzu wird die Meinung vertreten[16]), das Reichsgericht habe die Frage der Ausfallaufrechnung nur gestreift und lediglich einige noch nicht diskutierte Fragen aufwerfen wollen. Das bewiesen vor allem die zahlreich angezogenen Literaturstellen, die sich teils für, teils gegen die Ausfallaufrechnung aussprächen. Auf die Möglichkeit des Verlustes der Ausfallaufrechnung wird außerdem in dieser Entscheidung genau so hingewiesen, wie auf die Möglichkeit des Verlustes jeglicher Aufrechnung. Daß aber letztere Aufrechnungsbefugnis (nämlich

[13]) Vom Reichsgericht a.a.O. so ausgesprochen: „. . . statt zunächst mit demselben (nämlich dem Geschäftsguthaben) aufzurechnen und die Konkursdividende nur in Höhe des Ausfalls zu erheben, die Konkursdividende von der vollen Forderung erheben und für den Ausfall Deckung mittels der Aufrechnung nehmen könnte".

[14]) vgl. Übersicht bei Jäger, § 53 Anm. 13.

[15]) RGZ. Bd. 26 S. 116.

[16]) Merckens in BlfG. 1909 S. 54.

die einfache Aufrechnung) durch die Anmeldung der Forderung zum Konkursverfahren nicht ohne weiteres entfällt, hat das Reichsgericht selbst bestätigt[17]). Damit ist zum Wenigsten die theoretische Möglichkeit der Ausfallaufrechnung zugestanden. Aus der Entscheidung kann nichts für die Unzulässigkeit der Ausfallaufrechnung entnommen werden[18]). Diese Auslegung wird noch besonders erhärtet durch den Hinweis des Reichsgerichts auf die Möglichkeit der Aufrechnung „bei vorhandener oder bevorstehender Realisierbarkeit des Geschäftsguthabens". Das rechtfertigt die Annahme, daß nur bei diesen Voraussetzungen das Aufrechnungsrecht entfallen, während eben bei Fehlen der angedeuteten Möglichkeiten die spätere Ausfallaufrechnung unumschränkt zulässig sein soll[19]).

Gegenüber der rechtlichen Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung ließe sich der weitere Einwand erheben, daß sie kaum praktisch werden könne. Steht dem Genossen gegen die Genossenschaft eine Forderung aus dem Geschäftsguthaben zu, so könnte bei Vorliegen der Fälligkeit auch der Konkursverwalter die Aufrechnung erklären, gegebenenfalls fordern, daß die Genossenschaft ihre Schuld an die Masse zahlt. Notfalls ließe sich die Ausschüttung der Konkursdividenden bis zur Fälligkeit des Geschäftsguthabens hinauszögern. Auf diese Weise würde dann die Genossenschaft zur Aufrechnung gezwungen, bevor sie Abschlagszahlungen auf ihre Forderung erhalten hat. Die Erfahrung lehrt, daß der Konkursverwalter den Eintritt der für die Ausfallaufrechnung geeigneten Rechstlagen nicht immer verhindern kann.

Der Fall, daß im Zeitpunkt der Konkurseröffnung oder vor der ersten Dividendenausschüttung das Geschäftsguthaben des Genossen bereits fällig wird, ist selten[20]). Erfolgte die Kündigung der Mitgliedschaft vor Ausschüttung der Masse überhaupt nicht, oder erfolgte sie erst kurz vor oder erst nach der Konkurseröffnung, so braucht das Geschäftsguthaben vor teilweiser oder sogar restloser Verteilung der Masse nicht fällig geworden zu sein, denn die Verteilungen in den Konkursen beginnen vielfach schon im ersten Jahre nach Konkurseröffnung. Dabei ist zu bedenken, daß § 54 KO. bei betagten Forderungen des Gemeinschuldners einseitig dem Gläubiger das Aufrechnungsrecht gibt, und der Schuldner auch mit § 65 KO. nicht die Fälligkeit seiner Forderung erlangt, da auch diese Vorschrift bloß für Forderungen des Gläubigers gilt[21]). So oft also die zufolge §§ 65,

[17]) RGZ. Bd. 26 S. 116.
[18]) A. A.: Lang, BlfG. 1927 S. 254; Warneyer, § 53 S. 237 Abs. 3.
[19]) Im Ergebnis zustimmend, jedoch mit der abweichenden Begründung, die besprochene Entscheidung des Reichsgerichts sei widerspruchsvoll: Merckens, ZDNotN. 1905 S. 620.
[20]) So auch Letschert, BlfG. 1927 S. 834.
[21]) Jäger, Lehrb. S. 126.

73 GenG. in Verbindung mit etwaigen Satzungsbestimmungen zu ermittelnde Fälligkeit des Geschäftsguthabens noch nicht eingetreten ist, wird der Konkursverwalter weder die Möglichkeit zur Aufrechnung haben, noch von der Genossenschaft Zahlung der Forderung verlangen können. Die Fälligkeit kann unter Umständen sehr lange Zeit hinausgeschoben sein, da das Gesetz gestattet, daß im Statut eine Kündigungsfrist bis zu zwei Jahren vorgesehen wird. Sofern die Genossenschaft überwiegend aus eingetragenen Genossenschaften besteht, darf diese Kündigungsfrist sogar 5 Jahre betragen. Immer muß sie mindestens 3 Monate vor Ende des Geschäftsjahres erfolgt sein (§ 65 Abs. 2 GenG.). Da das Konkursverfahren dessen ungeachtet seinen Fortgang nimmt, kann zwischenzeitlich bei Vorhandensein barer Masse deren Verteilung an die Konkursgläubiger jedesmal erfolgen. § 149 KO. macht dem Konkursverwalter bei Vorliegen barer Masse die Verteilung sogar zur Pflicht, deren Verabsäumung ihn schadensersatzpflichtig werden läßt, und zu deren Befolgung er vom Konkursgericht angehalten werden kann[22]). Diese aus § 149 KO. für den Konkursverwalter folgende Verpflichtung ist auch gegenüber einem Gläubiger gegeben, der die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung gewinnt oder sich diese sogar vorbehält. Von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung ausgehend führt hierzu das LG. Leipzig[23]) aus: „Der Kläger irrt auch, wenn er annimmt, er müsse eine für die Allgemeinheit der Konkursgläubiger schädliche Aufrechnung eines Aufrechnungsgläubigers um jeden Preis, nötigenfalls auf dem Wege einer Verzögerung des Verfahrens verhindern. Im Gegenteil, er hat die Rechte eines Gläubigers, der durch die Bestimmungen der Konkursordnung bewußt günstiger gestellt ist, zu respektieren."

Zu berücksichtigen ist, daß die Genossenschaften dazu übergegangen sind[24]) und in immer größerem Maße dazu übergehen[25]), sich durch Statut die Ausfallaufrechnung nochmals besonders für alle Fälle zu sichern. Die dahingehenden Satzungsbestimmungen haben etwa folgenden Wortlaut: „Jede Abtretung oder Verpfändung des Geschäftsguthabens ist der Genossenschaft gegenüber unverbindlich. Eine Aufrechnung des Geschäftsguthabens gegen die Schulden zum Nachteil der Genossenschaft ist unzulässig. Das Geschäftsguthaben haftet der Genossenschaft für den etwaigen Ausfall, den sie im Konkurse oder Vergleichsverfahren des Genossen erleidet." Nach diesen

[22]) §§ 83, 84 KO.; Jäger, § 149 Anm. 5 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

[23]) Entsch. v. 28. 4. 1931, mitgeteilt in BlfG. 1931 S. 364.

[24]) Crecelius BlfG. 1927 S. 100; vgl. auch den bereits in RGZ. Bd. 26 S. 110 ff erörterten Fall.

[25]) vgl. Mustersatzungen des deutschen Genossenschaftsverbandes, Berlin.

Bestimmungen soll dem Genossen nicht nur die Aufrechnung mit Schulden der Genossenschaft versagt sein, sondern er soll darüber hinaus auch keine Zahlung dieser Schuld verlangen können, solange sie zur Deckung eines Ausfalls dienen könnte. Anfernfalls ließe sich, wenn auch nicht aufgerechnet wird, durch Einfordern der Schuld der Zweck der Satzungsbestimmung vereiteln. Diese will aber die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung für die Genossenschaft sicherstellen. Über den Begriff des Ausfalls besteht kein Zweifel, er bezieht sich auf den Betrag einer Forderung, der bei der Verteilung im Konkursverfahren nicht gedeckt wurde.

Weidmüller und Crecelius[26]) halten eine solche Satzungsbestimmung für zulässig und rechtswirksam auch gegenüber dem Konkurse und Vergleichsverfahren. Sie müssen daher notwendig davon ausgehen, daß die Ausfallaufrechnung nach dem Gesetz überhaupt gestattet ist. Denn wäre diese nach den Bestimmungen der Konkursordnung versagt, so könnte eine Vereinbarung sie nicht mit rechtlicher Wirksamkeit einführen. Abmachungen, die gegen Sinn und Zweck oder sogar Verbote des Gesetzes, hier also der Bestimmungen der Konkursordnung verstoßen, sind nichtig. Soweit nun durch die Satzungsbestimmung die Unzulässigkeit von Verpfändung und Abtretung (nicht auch der Pfändung) begründet werden soll, wird man die Geltung dieser Bestimmungen auch im Konkurse nicht in Frage ziehen können[27]), denn es handelt sich dabei um die besondere Gestaltung einer Forderung des Schuldners, die im übrigen der Durchführung des Konkurses keine Hindernisse bereitet. Das Verbot der Aufrechnung zum Nachteil der Genossenschaft kann jedoch bloß die Bedeutung haben, für die Genossenschaft gewissermaßen ein Zurückbehaltungsrecht an der Geschäftsguthabenforderung des Genossen zu begründen. Im Konkurse hat diese Vereinbarung nur den Sinn, der Genossenschaft die Ausfallaufrechnung zu sichern.

Wenn man nun auch die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung einmal grundsätzlich bejahen wollte, so ist damit über die Rechtswirksamkeit der zuletzt bezogenen Satzungsbestimmung im Konkurs noch nicht entschieden. Das Oberlandesgericht Königsberg[28]) hat zwar ausgesprochen, daß der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger einer solchen Aufrechnungsbefugnis nicht entgegensteht. Zur Begründung wird angeführt, die gleichmäßige Befriedigung habe nach Maßgabe der Beschaffenheit der einzelnen Forderungen und nach den Grundsätzen des materiellen Rechts zu erfolgen, so-

[26]) BlfG. 1930 S. 129, BlfG. 1929 S. 100, 101; vgl. auch Merckens LZ. 1912 Sp. 807/811.

[27]) Jäger, § 53 Anm. 33.

[28]) Entsch. in: BlfG. 1916 S. 576.

weit die Konkursordnung nicht abändernd eingreife. Zuzugeben ist, daß für das Konkursverfahren die Forderungen so gelten, wie sie nach materiellem Recht begründet wurden, von wenigen im einzelnen hervorgehobenen Ausnahmen abgesehen. Die Konkursordnung will aber die Ausgleichung dieser Forderungen unter Berücksichtigung des Grundsatzes bezwecken, daß alle Gläubiger gleiche verhältnismäßige Befriedigung erlangen sollen. Besondere Gläubigerrechte, die zur Durchbrechung dieses Grundsatzes führen würden, sollen nur in dem von der Konkursordnung selbst gesteckten Rahmen Geltung haben[29]). In Verfolgung dieser Grundgedanken sind lediglich noch die Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung anerkannt[30]), dagegen alle weiteren Begründungen von Vorzugsrechten dem Konkurse gegenüber wirkungslos. Um die besprochene Satzungsbestimmung hiernach beurteilen zu können, ist ihr rechtlicher Inhalt klarzulegen.

Zunächst ließe sich denken, die Genossenschaft wolle sich durch die angeführte Satzungsbestimmung ein Pfandrecht begründen. Diese Auslegung muß jedoch schon deshalb versagen, weil an der Geschäftsguthabenforderung des Genossen zu Gunsten der Genossenschaft sich kaum ein Pfandrecht schaffen ließe. An einem Pfandrecht könnte die Genossenschaft zudem kein Interesse haben, da sie dadurch lediglich die Rechte aus § 64 KO. erwerben würde, sie will aber die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung, also Befreiung vom Ausfallgrundsatz erreichen.

Die Satzungsbestimmung läßt ferner keinen Schluß auf einen bedingten Erlaßvertrag (genauer Verzichtsvertrag) zu, dahingehend, daß der Genosse auf seine Geschäftsguthabenforderung unter der auflösenden Bedingung und in dem Umfange verzichte, als sie einen Ausfall der Genossenschaft im Konkurse übersteigt. Dieser, an sich die Interessen der Beteiligten in vollem Umfange berücksichtigenden Auslegung steht die Äußerung des Statuts entgegen, daß das Geschäftsguthaben für den Ausfall „haften" solle. Wo aber ein Recht für die Realisierung eines Anspruchs haften soll, dort darf der Bestand dieses Rechtes selbst nicht berührt werden. Der Verzicht würde aber zur Aufhebung des Rechtes des Genossen führen.

Schließlich ließe sich nach der Satzungsbestimmung vermuten, die Parteien hätten die Begründung eines besonderen Aufrechnungsvertrages gewollt. Letzten Endes sollte die Durchführung der vereinbarten Bestimmung dahin führen, daß die Genossenschaft mit ihrem Ausfall gegen die Geschäftsguthabenforderung des Genossen aufrechnete. Soweit aber lediglich dieser Erfolg der Aufrechnung für sich beabsichtigt worden

[29]) vgl. §§ 4, 48, 53 und 64 KO.
[30]) Jäger, § 64 Anm. 6.

wäre, würde die Bestimmung etwas Überflüssiges festlegen, weil für diesen Fall in §§ 53, 54 KO. die Aufrechnung der Genossenschaft bereits an Hand gegeben ist. An der Begründung eines Aufrechnungsvertrages kann mithin kein Interesse bestanden haben.

Die Möglichkeit, vom Konkursverwalter Zahlung auf die eigenen Forderungen zu erlangen, ohne daß dieser mit der Geschäftsguthabenforderung des Gemeinschuldners aufrechnen oder diese einfordern konnte, ließ sich für die Genossenschaft sicherstellen, wenn ihr an der Geschäftsguthabenforderung des Genossen ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt bezw. diese Schuld ihr gestundet wurde. Nur der auf diesen Rechtserfolg der Erlangung einer Stundung gerichtete Wille der Parteien kann daher aus der Satzungsbestimmung entnommen werden. Der Genosse und an seiner Stelle der Konkursverwalter sollen verpflichtet werden, „stillezuhalten", bis die Genossenschaft alle Möglichkeiten ausgeschöpft habe, aus dem sonstigen Vermögen des Genossen ihre Befriedigung für ihre Forderungen zu erlangen. Soweit lediglich der bezweckte Erfolg der Stundung in Frage kommt, steht die Wirksamkeit dieser Abrede gegenüber dem Konkurs außer Zweifel. § 1 KO. bestimmt, daß zur Konkursmasse das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Mithin zählen Forderungen des Gemeinschuldners so und in dem Umfange zur Masse, wie sie bestehen. Eine gestundete Forderung des Schuldners gehört daher nur als solche, nämlich mit der Rechtseinschränkung der Stundung behaftet zur Masse[31]). Bedenken gegenüber dieser Geltung der Stundung wären nur gerechtfertigt, wenn sie unter den Voraussetzungen der Konkursanfechtung zustandegekommen wäre oder einen rechtlich mißbilligten Erfolg bezweckte. Für die Annahme des Vorliegens solcher Voraussetzungen besteht in dem hier behandelten Zusammenhang keinerlei Veranlassung. Dagegen könnte die Geltung der Stundungsabrede in ihrer rechtlichen Wirksamkeit in gewissen Fällen als in fraudem legis oder nur zum Schein begründet in Frage gestellt sein, wenn die eigentliche Ausfallaufrechnung selbst mit den Bestimmungen und Grundsätzen der Konkursordnung unvereinbar wäre. Denn die Stundungsabrede soll, wenn nicht sogar die Ausfallaufrechnung selbst, so zumindest deren Vorbereitung sichern.

Denkbar wäre jedoch ein Statut, das ohne die Ausfallaufrechnung sichern zu wollen, nur besagen würde: Dem Genossen ist die Aufrechnung mit seiner Forderung aus dem Geschäftsguthaben gegen Ansprüche der Genossenschaft zu deren Nachteil untersagt. Die Genossenschaft würde auch hierdurch im Ergebnis eine Stundung ihrer Schulden erlangen. Die Gültigkeit

[31]) Jäger, § 1 Anm. 27.

einer solchen Bestimmung gegenüber dem Konkurse unterliegt keinen Bedenken. An einer solchen Abrede kann ein Interesse der Genossenschaft bestehen. Sie gewinnt hiermit die Möglichkeit, zumindest bis zur Ausschüttung der Masse warten zu können. Sie wird aber weiterhin durch diese Stundungsabrede vor der Gefahr geschützt, vom Konkursverwalter durch Aufrechnung oder Zahlungsaufforderung dazu veranlaßt zu werden, zu einer Zeit von sich aus die Aufrechnung erklären zu müssen oder ihre Forderung zu verlieren, wo ihr mit Rücksicht auf den zu erwartenden Ausfall sehr daran gelegen wäre, weiterhin am Konkurse beteiligt zu bleiben und dadurch auf diesen Einfluß zu haben. Hierdurch wird aber zugleich der Eintritt der Sachlage bewirkt, die Voraussetzung für die Ermöglichung der Ausfallaufrechnung ist. Damit kann die Ausfallaufrechnung also, abgesehen von den sonstigen vorher geschilderten Fällen auch dann bei den Genossenschaften praktisch werden, wenn sie die angeführte Vereinbarung in ihr Statut aufgenommen haben. Mithin muß der gegenüber der Ausfallaufrechnung gemachte Einwand versagen, daß diese kaum praktisch werden könne.

Gegen die Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung wurden noch weitere Einwendungen vorgebracht[32]). Gelegentlich wird darauf hingewiesen, daß es naheläge, die Grundsätze des in § 64 KO. niedergelegten Ausfallgrundsatzes auf die Konkursaufrechnung analog anzuwenden[33]). Die Analogie ist jedoch, von anderen Voraussetzungen zunächst abgesehen, nur zulässig, wenn eine unmittelbare Regelung eines Falles vom Gesetz nicht vorgesehen ist, für die Regelung aber ein rechtliches Bedürfnis besteht, und sich eine dem in Frage stehenden Falle rechtsähnliche Bestimmung im Gesetz auffinden läßt[34]). Das Fehlen einer dem § 64 KO. entsprechenden unmittelbaren Regelung kann jedoch nicht anerkannt werden, weil mit § 64 KO. nur für das Absonderungsrecht eine Sonderregelung geschaffen werden sollte, die um deswillen als abschließende Regelung betrachtet werden muß. Mit besonderer Deutlichkeit folgt dies nochmals aus § 153 KO., der gleichfalls den Aufrechnungsberechtigten nicht erwähnt, obschon es in dieser Bestimmung besonders nahegelegen hätte. Da bis zur Vornahme der Aufrechnung die Forderungen uneingeschränkt fortbestehen[35]), kann der Auf-

[32]) Lang BlfG. 1927 S. 254 und S. 835.
[33]) Merckens, ZDNotV. 1905 S. 618 mit Nachweisen.
[34]) Enneccerus-Nipperdey Bd. I § 53 II.
[35]) Im Gegensatz hierzu bewirkt die Entstehung der Aufrechnungslage im österreichischen (§ 1438 öst. ABGB.) und französischen Recht (Art. 1290 C.C.) die selbsttätige Aufrechnung (vgl. Klang, § 1438, I,2). Die Frage der Ausfallaufrechnung kann daher in diesen Rechten nicht auftauchen (vgl. Rechtsvergl. Hwb. V. Bd. S. 126). Die ipso-iure-compensatio führt für den Aufrechnungsberechtigten (§ 19 KO.) im österreichischen Recht zum gleichen

rechnungsberechtigte nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Aufrechnungsrechts zunächst auf seine volle Forderung die Konkursdividende verlangen, wodurch sein Aufrechnungsrecht allenfalls nur insoweit eingeschränkt wird, als der materielle Bestand der Gegenforderung zufolge § 362 BGB. sich etwa ändert. Ebensowenig darf das Vorliegen eines rechtlichen Bedürfnisses für die Analogie bejaht werden, da der Gesetzgeber selbst ein solches Bedürfnis nicht anerkannt hatte. Wenn die Motive[36]) auf die verwandten Rechtsgrundsätze für den Absonderungs- und Aufrechnungsberechtigten hingewiesen haben („auch das Aufrechnungsrecht gewährt dem Berechtigten eine Art abgesonderte Befriedigung"), und der Gesetzgeber dennoch eine dem Absonderungsrecht entsprechende Regelung für das Aufrechnungsrecht nicht vorgesehen hat, so ist daraus zu schließen, daß er die Notwendigkeit für eine gleiche Behandlung beider Fälle nicht für gegeben erachtet hat. Die bewußte Gegenüberstellung beider Fälle verbietet es, die für das Absonderungsrecht getroffene Grundlegung als dem Aufrechnungsrecht ähnliche und daher als für die analoge Anwendung in Frage kommende Regelung zu verwerten. Wollte man also den Aufrechnungsberechtigten ebenso beschränken wie den Absonderungsberechtigten, so müßte man für ihn eine besondere Vorschrift finden, daß er Konkursquoten nur erheben dürfe, wenn er aufgerechnet oder auf die Aufrechnung verzichtet habe. Die analoge Verwertung des § 64 KO. ist zur Begründung einer solchen Rechtsfolge ungeeignet. Diesem Ergebnis stimmt auch das Reichsgericht zu[37]); denn es führt aus: „Die Erhebung einer Dividende ist von der Geltendmachung der Aufrechnung oder einem Verzicht nicht abhängig", und: „Die Aufrechnungsbefugnis hindert nicht, im Konkurs die Forderung voll anzumelden". Mithin will auch das Reichsgericht die in § 64 KO. vom Absonderungsberechtigten verlangten Voraussetzungen vom Aufrechnungsberechtigten nicht dargetan haben[38]).

Vereinzelt wird die Ausfallaufrechnung für unzulässig gehalten[39]), weil sie nur zum gleichen Ergebnis führen dürfe wie die abgesonderte Befriedigung, denn die Regelung der Aufrechnung und Absonderung in verschiedenen Titeln der Konkursordnung sei ungerechtfertigt. Schon Feder[40]) hatte behauptet, die Aufrechnung sei eine Art Absonderung, und deshalb sei die Behandlung der Aufrechnung und Absonderung in getrennten Titeln der Konkursordnung systematisch verfehlt. Zur Aus-

---

Ergebnis, das für den Absonderungsberechtigten gem. §§ 103 Abs. und 132 österr. KO. gilt (vgl. Klang, § 1439 Anm. III.).

[36]) Stenogr. Ber. d. Reichstags 1875 S. 1465.

[37]) RGZ. Bd. 26 S. 117.

[38]) Merckens, ZDNotV. 1905 S. 620, 621.

[39]) Friedemann in LZ. 1913 S. 199.

[40]) ZfH. Bd. 54 S. 499.

dehnung der für die Absonderung geltenden Grundsätze auf die Aufrechnung könnte auch diese Ansicht nur über den Weg der Analogie kommen. Abgesehen davon, daß solche nach dem vorher Gesagten ausscheidet, besteht die Unterteilung der Rechte in getrennten Titeln zu Recht, denn der Gesetzgeber hat Aufrechnung und Absonderung bewußt verschieden geregelt. Dies ist geschehen, obgleich die Zweckgemeinschaft zwischen Aufrechnung und Absonderung erkannt worden ist[41]). Mithin soll durch die Unterteilung in getrennte Titel zum Ausdruck kommen, daß nicht die eine Rechtseinrichtung als Unterfall der anderen gilt. Die getroffene Regelung erscheint aber umsoweniger als unbillig, wenn man erwägt, welcher Verlust dem Absonderungs- und dem Aufrechnungsberechtigten drohte, wenn ihre Rechte im Konkurs keine Sonderregelung erfahren hätten. Der Absonderungsberechtigte hätte allenfalls seine Sicherheit, nicht aber seine Forderung selbst verlieren können. Der Aufrechnungsberechtigte dagegen hätte nicht nur seine Sicherheit, die in der Aufrechnungslage liegende Deckung verlieren können, er hätte darüber hinaus sogar noch im selben Umfang, wie er diese Deckung verlor, an die Konkursmasse herauszahlen müssen. Dies wäre im Vergleich zu dem Absonderungsberechtigten umso ungerechtfertigter gewesen, als dessen Pfandrecht vorher eine viel geringere Sicherheit bot als das Aufrechnungsrecht. Die systematisch getrennte Behandlung beider Rechte ist mithin innerlich gerechtfertigt.

Auf anderem Gebiete liegt der Einwand[42]), das Vorgehen des erst mit dem Ausfall aufrechnenden Gläubigers sei als fraudulos zu bezeichnen, wenn er sich auf diese Art, eventl. sogar noch durch Vereinbarungen Sondervorteile sichern wolle. Hierbei[43]) läßt sich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts[44]) hinweisen, wo ausgeführt ist, die erfolgreiche Betätigung des eigenen Interesses sei regelmäßig mit einer Schädigung des Konkurrenten verbunden. Das Bewußtsein dieser Schädigung allein könne noch nicht die Annahme begründen, daß die Betätigung dieses Interesses gegen die guten Sitten verstoße.

Von Bölderndorff[45]) entnimmt das Verbot der Ausfallaufrechnung aus § 53 KO. Dort sage das Gesetz: „Soweit" ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er . . . Danach werde nur der durch Aufrechnung nicht gedeckte Teil der Forderung als an dem Konkursanspruch berechtigte Konkursforderung bezeichnet. Demnach könne auch die Forderung nur soweit, als der Gläubiger zu einer Aufrechnung nicht befugt sei,

---

[41]) Stenogr. Ber. d. Reichstags 1875 S. 1465.
[42]) Friedemann LZ. 1913 S. 199.
[43]) Merckens LZ. 1913 S. 374.
[44]) RG. in JW. 1909 S. 387.
[45]) Von Bölderndorff S. 570.

bei der Dividendenausschüttung berücksichtigt werden. Weiterhin wird darauf hingewiesen, daß im Ergebnis der Aufrechnungsberechtigte nicht besser stehen dürfe als der Gläubiger, der etwa vor Konkurseröffnung seine Forderung zum Teil beglichen erhalten habe. Die eingangs aufgezeigte Rechtsfolge kann jedoch aus § 53 KO. nicht herausgelesen werden. Das wäre allenfalls möglich, wenn es statt „braucht" er nicht anzumelden hieße, „darf" er nicht anmelden. Aus der Fassung des § 53 KO. kann vielmehr nur entnommen werden, daß er dem Aufrechnungsberechtigten erlaubt, die ganze Forderung zur Tabelle anzumelden, ohne daß er dadurch sein Aufrechnungsrecht verliert. Merckens[46]) weist zutreffend darauf hin, daß im gemeinen Recht streitig war, ob der Aufrechnungsberechtigte seine Forderung auch insoweit anmelden müßte, als ihr eine Gegenforderung gegenüberstand[47]). Wer die Frage bejahte, ging nach Merckens von der Auffassung aus, daß eine Aufrechnung nur gegenüber dem Konkursgericht, nicht auch gegenüber der Partei erklärt werden konnte. Diese gemeinrechtliche Streitfrage sollte durch § 53 KO. verneinend entschieden[48]) und klargestellt werden, daß der Aufrechnungsberechtigte auch dann aufrechnen dürfe, wenn er seine Forderungen nicht zum Konkursverfahren angemeldet hatte.

Ein anderer Gedanke liegt den bei Petersen-Kleinfeller[49]) gemachten Ausführungen zu Grunde. Dort wird behauptet, daß die Annahme von Teilquoten der Aufrechnung des Gläubigers bezüglich der Restforderung nicht im Wege stehe, wohl dagegen die Annahme der vollen auf seine Forderung entfallenden Dividende, weil er damit für seine Forderung die konkursmäßige Befriedigung erlangt habe. Dabei wäre aber nicht einzusehen, weshalb die Annahme der Teilquote nicht in entsprechendem Teilumfang, vielmehr erst die Annahme der vollen Konkursquote die Ausfallaufrechnung ausschließen soll. Wenn letzteres richtig sein soll, müßte die teilweise Ausschüttung der Dividende in entsprechendem Umfang die Ausfallaufrechnung ausschließen. Soll die Behandlung der Ausfallaufrechnung aber sich verschieden gestalten bei teilweiser und bei voller konkursmäßiger Befriedigung der Forderung des Gläubigers, so kann es hierfür nur eine Erklärung geben, daß nämlich die Ausfallaufrechnung grundsätzlich zugegeben wird, die Annahme der vollen Konkursdividende aber notwendig den Verzicht auf das Aufrechnungsrecht mit sich bringt. Ebensowenig wie die Teilausschüttung einenAusfallaufrechnungsverlust gegenüber einem entsprechenden prozentualen Teil der Forderung im Gefolge

---

[46]) ZDNotV. 1905 S. 614.
[47]) Stenogr. Ber. 1875 S. 1463 mit zahlr. Nachweisen.
[48]) Stenogr. Ber. a.a.O.
[49]) § 53 Anm. 3 und 4.

haben soll, könnte das Entsprechende bei Ausschüttung der vollen Dividende gegenüber der Rest- bzw. Ausfallforderung eingetreten sein. Läßt sich mithin aus den für beide letztbezeichneten Fälle maßgeblichen gemeinsamen Rechtsgrundsätzen nichts auffinden für die im Kommentar Petersen-Kleinfeller[50]) vertretene Ansicht, die Annahme der vollen Konkursquote bewirke den Verlust des Ausfallaufrechnungsrechts, so muß sich dies aus einer besonderen außerhalb des Vorganges der Aufrechnung liegenden Rechtswirkung herleiten. Sie kann sich nicht aus dem Wesen der Aufrechnung ergeben; diese ist solange zulässig, als sich noch irgendwelche Forderungen gegenüberstehen. Sie kann daher nur aus dem Wesen des Konkurses folgen. Hier ist es der Einfluß des an sich naheliegenden Gedankens, daß die Annahme der vollen Konkursdividende den notwendigen oder freiwilligen Verzicht auf die weitere Aufrechnung mit der Ausfallforderung mit sich bringe, der allein den Grund für die auseinandergelegte Ansicht abgegeben hat. Bei der Herausstellung dieser in dem angegebenen Kommentar maßgeblichen Grundgedanken ließ sich die in ihm vertretene Meinung demnach nicht mit dem bloßen Hinweis auf mangelnde Folgerichtigkeit abtun, wie es Merckens versucht hat.[51]) Die Frage des Verzichtes wird noch behandelt werden. Hier mag zunächst die Feststellung genügen, daß aus der im Kommentar Petersen-Kleinfeller wiedergegebenen Ansicht grundsätzlich nichts gegen die Zulässigkeit der eigentlichen Ausfallaufrechnung zu entnehmen ist.

Schließlich ließe sich noch fragen, ob nicht aus dem Wesen und Zweck des Konkurses die Unzulässigkeit der Ausfallaufrechnung folgt[52]). Auszugehen ist hierbei davon, daß die Ausfallaufrechnung zu einer bevorzugten Befriedigung aus dem allgemeinen Vermögen des Schuldners führt, und mithin den Gedanken nahelegt, sie könne zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung gegenüber anderen Konkursgläubigern führen. Das Konkursverfahren bezweckt grundsätzlich die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger und verlangt, daß alles Vermögen des Gemeinschuldners zur Masse zu ziehen ist. Jedoch sind hiervon so viele Ausnahmen zugelassen, daß es unmöglich ist, aus dem Grundsatz allgemeine Rechtsregeln abzuleiten. Soviel läßt sich jedenfalls bei Betrachtung der Konkursordnung als Ganzes feststellen: den persönlichen Konkursgläubigern steht nicht alles vom Konkursbeschlag ergriffene Vermögen des Gemeinschuldners zur konkursmäßigen Befriedigung zur Verfügung, sondern nur das, was nach Abzug der dem Zugriff einzelner Gläubiger unterliegenden Vermögensstücke übrig bleibt. Was aber danach

[50]) Petersen-Kleinfeller, § 53 Anm. 3 und 4.
[51]) ZDNotV. 1905 S. 612, 613.
[52]) Lang BlfG. 1927 S. 254.

für die persönlichen Gläubiger abfällt, steht ihnen nicht ausschließlich zur Verfügung. Denn hätte mit § 3 KO. — wie Merckens[53]) zutreffend bemerkt — bestimmt werden sollen, daß nur die auf das allgemeine Vermögen des Gemeinschuldners angewiesenen persönlichen Konkursgläubiger die Dividende beanspruchen könnten, so wäre § 64 KO. überflüssig gewesen. Es hätte sich ja dann bereits aus § 3 KO. folgern lassen, daß der Absonderungsberechtigte, soweit er gleichzeitig persönlicher Gläubiger ist, wegen dieser Forderungen nur insoweit bei der allgemeinen Befriedigung berücksichtigt werden durfte, als er nicht aus seinem Absonderungsrecht Befriedigung erlangt oder auf solche verzichtet hat. Mithin beweist auch hier die Existenz der §§ 64 und 153 KO. und demgegenüber das Fehlen ähnlicher Bestimmungen für den Aufrechnungsberechtigten, daß für ihn diese Beschränkungen nicht gelten sollen. Er soll also unbeschränkt, ohne Rücksicht auf die in seinem Aufrechnungsrecht liegende Deckung sich auch aus dem allgemeinen Vermögen des Gemeinschuldners mit Hilfe der Aufrechnung befriedigen können. Allenfalls, wenn §§ 64, 153 KO. nicht bestünden, und dann aus § 3 KO. der Grundsatz folgen würde, daß das allgemeine Vermögen nur den persönlichen Gläubigern haften solle, konnte fraglich sein, ob dann nicht auch der Aufrechnungsberechtigte nur mit dem ungedeckten Teil seiner Forderung ein Zugriffsrecht auf das allgemeine Vermögen des Gemeinschuldners habe. Aus dem Wesen und Zweck des Konkurses kann daher bei Berücksichtigung der in Frage kommenden gesetzlichen Regelung nichts für ein Verbot der Ausfallaufrechnung gefolgert werden.

Für die Ausfallaufrechnung spricht schließlich, daß die Gegenansicht zu Widerspruchsvollen Ergebnissen führt. Soll beispielsweise ein Gläubiger gegen einen Schuldner eine Forderung von 1000 RM haben, dieser gegen den Gläubiger eine von 500 RM, so käme man mit der geschilderten Ansicht zu folgendem: Rechnet der Gläubiger bei Konkurseröffnung sofort auf, so erhält er mit 500 RM zufolge der Aufrechnung Befriedigung, auf die weiteren 500 RM erlangt er die konkursmäßige Quote von angenommen 50%, also 250 RM, insgesamt 750,— RM. Beteiligt sich der Gläubiger zunächst mit seiner ganzen Forderung am Konkurs, so würde er 50% von 1000,— RM also 500 RM erhalten, eine Aufrechnung wäre scheinbar nicht mehr möglich. Nun kann aber doch der Aufrechnungsberechtigte in diesem Falle nicht schlechter stehen als im ersteren. Soll er aber ebenso stehen, so muß man ihm noch mit 250,— RM die Aufrechnung gestatten, sodaß er wiederum 750,— RM erhält. Diese nachträgliche Aufrechnungsbefugnis kann dem Gläubiger

[53]) ZDNotV. 1905 S. 620.

aber nur verstattet sein, sofern aus der Regelung des § 53 KO. für ihn eine Besserstellung abgeleitet wird. Wenn man ihm aber für einen Teil der Forderung die nachträgliche Aufrechnungsbefugnis zuerkennen will, muß dasselbe auch für die ganze außerkonkursmäßig noch nicht befriedigte Forderung gelten. Die Zuerkennung der nachträglichen Aufrechnungsbefugnis für eine Forderung, die im Konkursverfahren bereits voll mit der anteilsmäßigen Quote berücksichtigt ist, bedeutet nichts anderes als die Befolgung des Grundsatzes, daß die Aufrechnung außerhalb des Konkursverfahrens vor sich geht und den Beschränkungen des Konkurses in keiner Weise unterworfen ist.

Durchschlagende Gründe gegen die grundsätzliche Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung sind daher nicht zu finden. Sie wird denn auch im Schrifttum vielfach anerkannt[54]).

Aus der Rechtsprechung sind nur zwei Entscheidungen bekannt[55]), die unmittelbar die vorliegende Frage zum Gegenstande hatten und die Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung auch bejaht haben. In ihnen findet sich lediglich die Begründung, daß mit Hilfe des § 54 KO. die Aufrechnung gegen das noch nicht fällige Geschäftsguthaben möglich ist, und § 53 KO. das Abwarten bis zu dem für die Aufrechnung günstigsten Zeitpunkte gestattet, wodurch der Genossenschaft die Ausfallaufrechnung ermöglicht werde. Eine der Entscheidungen[56]) hatte den Einwand auszuräumen, daß der Konkursverwalter durch die nachträgliche Ausfallaufrechnung in unübersehbare Schwierigkeiten geraten könne (nachträgliche Verminderung der Aktivmasse), wodurch die Abwicklung des Konkurses sehr behindert würde. Dem ist das Landgericht, ohne näheres Eingehen, nicht beigetreten. Wenn auch im Einzelnen zur Begründung der Entscheidungen außer dem Mitgeteilten nichts angeführt ist, so wird man dem Ergebnis nur zustimmen können. Crecelius will auch aus zwei Entscheidungen des Reichsgerichts[58]) die Anerkennung der Ausfallaufrechnung entnehmen. In diesen Entscheidungen ist aber nur ausgesprochen, daß ein Zwangsvergleich das Aufrechnungsrecht gegenüber seinem vorher im Konkurse gegebenen Umfange nicht einschränke. Ob aber für den vorangegangenen Konkurs die Ausfallaufrechnung zugestanden worden war, ist in den Entscheidungen nicht gesagt, die über diese Frage auch gar nicht zu befinden hatten. Das Reichsgericht spricht zwar mit aller Klarheit aus: „Die Be-

[54]) Jäger, § 53 Anm. 30a; Krüger-Crecelius, § 73 Anm. 11; Krakenberger, § 73 Anm. 3b; Sarwey-Bossert, § 53 Anm. 3; Letschert, BlfG. 1927 S. 834; Merckens, LZ. 1912 Sp. 607 ff.; Herling S. 2 und 3.

[55]) LG. Essen und LG. Leipzig, BlfG. 1931 S. 79 u. S. 364.

[56]) BlfG. 1931 S. 364.

[57]) BlfG. 1914 S. 68.

[58]) Entscheidg. vom 30. 5. 1913 in LZ. 1913 S. 861; Entscheidg. vom 15. 11. 1912 in RGZ. Bd. 80 S. 407 ff

fugnis zur Aufrechnung und die Ausübung dieser Befugnisse sind der Einwirkung des Konkursverfahrens entzogen". Offenbar möchte auch Jäger[59]) daraus eine Zustimmung des Reichsgerichts zur Ausfallaufrechnung entnehmen. Wenn das Konkursverfahren, also auch die aus ihm erfolgte teilweise Befriedigung der Forderung nicht die geringste Einwirkung auf die Aufrechnungsbefugnis haben sollen, wie es in gleicher Weise nach § 164 KO. für die Zeit nach Konkursende zu gelten hätte (sofern nicht ein der Nachtragsverteilung unterliegender Gegenstand in Frage steht), so müßte folgerichtig das Reichsgericht die Aufrechnung mit der ganzen Ausfallforderung zulassen. Das Reichsgericht hatte jedoch keine Veranlassung, über diese Folge hier eine Entscheidung zu treffen.

Wir kommen mithin zu dem Ergebnis, daß die Genossenschaft im Konkurse ihres Genossen grundsätzlich (d. h. bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen und vorbehaltlich später noch zu erörternder Fragen) so vorgehen kann, daß sie zunächst mit ihrer vollen Forderung sich am Konkurs beteiligt, und nach Erhalt der auf die volle Forderung entfallenden Konkursdividende mit dem Ausfall gegen das Geschäftsguthaben aufrechnet.

§ 6. Die Anmeldung der ganzen Forderung im Konkursverfahren und die Annahme der auf diese entfallenden Konkursdividende enthalten keinen Verzicht auf nachträgliche Ausfallaufrechnung.

Zur Verneinung der Ausfallaufrechnung kommen im Schrifttum viele auf dem Wege über die Annahme eines Aufrechnungsverzichtes, der bei der Anmeldung der vollen Forderung zur Tabelle oder spätestens bei Entgegennahme der Konkursdividende freiwillig oder notwendig erklärt werde[1]). Hierbei kann dann die Frage der Ausfallaufrechnung nicht mehr auftreten.

Die Anmeldung der vollen Forderung sollte nach den Ausführungen im früheren Kommentar von Parisius-Krüger[2]) einen Verzicht auf die weitere Aufrechnung bewirken.

Diese Auffassung hat manches für sich. Wenn es auch im Belieben des Aufrechnungsgläubigers liegt, mit seiner Forderung aufzurechnen oder am Konkurs teilzunehmen, könnte man in der Wahl der einen Möglichkeit den Verzicht auf die andere erblicken, weil beide Möglichkeiten nicht zugleich in Angriff genommen werden können, beide aber dasselbe Ziel verfolgen,

[59]) Jäger, § 53 Anm. 30a.
[1]) Übersicht bei Jäger, § 53 Anm. 13.
[2]) Nach Merckens, ZDNotV. 1905 S. 610.

und, wenigstens theoretisch, auch zum selben Ergebnis führen. Der Gläubiger hat ja nur einmal Anspruch auf Befriedigung. Vielleicht ließe sich auch sagen, daß nur der konkursmäßige Befriedigung verlangen darf, der nicht aufrechnen kann, so daß er notwendig, um den einen Rechtsgenuß zu haben, auf die andere Befriedigungsmöglichkeit verzichten müsse[3]).

Ein freiwilliger Verzicht auf das Aufrechnungsrecht, ein Verzicht also, zu dessen Erklärung der Aufrechnungsberechtigte nicht notwendig gehalten ist, kann nur bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen angenommen werden, aus denen auf den Verzichtswillen des Gläubigers zu schließen wäre. Die Möglichkeit einer solchen Verzichtserklärung ist nicht zu bestreiten[4]). Die Erklärung kann auch stillschweigend oder konkludent erfolgen wie jede gewöhnliche rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Doch kann nicht ohne weiteres auf das Vorliegen eines solchen Verzichtwillens geschlossen werden, zumal ein Verzicht dem Erklärenden nur Nachteile, nach der hier auseinanderzulegenden Ansicht keinerlei Vorteile bringt. Vertreter der Ansicht des freiwilligen Verzichtes brauchen also nicht notwendig als Gegner der Ausfallaufrechnung zu gelten. Sie müssen im Grunde genommen die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung voraussetzen, andernfalls ja für das Erfordernis eines Verzichtes kein Bedürfnis mehr vorläge.

Hullmann[5]) will dagegen eine notwendige Verzichtserklärung auf Aufrechnung in jeder Ausübung eines Rechts finden, das nur dem Inhaber einer unbedingten Konkursforderung zustehe, wie es namentlich gegenüber dem Empfang der Dividende für die volle Forderung anzunehmen sei. Der Gläubiger mache durch die im voraus abgegebene Erklärung, eventl. aufrechnen zu wollen, seine Forderung zu einer aufschiebend bedingten für das Konkursverfahren, da sie nunmehr für dieses als Konkursforderung nur noch für den Fall bestehe, daß die Aufrechnung nicht eintrete. Woraus soll aber die Notwendigkeit folgen, daß der Aufrechnungsberechtigte seine Forderung in dieser Weise wie von Hullmann angegeben zu einer bedingten macht? Dasselbe fragt wohl auch Merckens[6]), wenn er einwendet, daß Hullmann Schlußfolgerungen aus seinem Ausgangspunkt ziehe, der erst bewiesen werden müsse. Offenbar will aber Hullmann in der Geltendmachung der ganzen Forderung im Konkurse ohne gleichzeitigen eventl. Verzicht auf spätere Aufrechnung eine protestatio facto contraria erblicken. Warum aber aus dem anderen Vorgehen des Aufrechnungsberechtigten

[3]) Zu diesem Ergebnis müßte v. Bölderndorff, S. 570 auf Grund seiner Auslegung des § 53 KO. kommen.

[4]) Eine solche Verzichtsmöglichkeit hat auch das Reichsgericht in RGZ. Bd. 26 S. 116 erörtert.

[5]) Hullmann, S. 189.

[6]) ZDNotV. 1905 S. 618.

hier ein gegensätzliches Verhalten folgen soll, ist nicht einzusehen. Würde nämlich das Aufrechnungsrecht, soweit konkursmäßige Befriedigung erfolgt, auch hinsichtlich des nicht durch die Konkursdividende gedeckten Teiles der Gläubigerforderung schon kraft Gesetzes wegfallen, so brauchte man nicht mehr die Konstruktion des Eventualverzichtes oder des bedingten Aufrechnungsrechtes. Wenn das Aufrechnungsrecht bei dem beschriebenen Verhalten des Gläubigers aber insoweit nicht kraft Gesetzes entfällt, so könnte es nur auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung verloren gehen. Auf eine dahingehende Willenserklärung ließe sich nur bei Vorliegen besonderer Gründe schließen.

Nach der mit § 53 KO. gegenüber dem Absonderungsberechtigten vom Gesetz gewollten Besserstellung kann es jedenfalls nicht in Uebereinstimmung gebracht werden, wenn man an die Voraussetzungen eines solchen Verzichtswillens etwa geringere Anforderungen als sonst stellen wollte.

Die gleichen Erwägungen wie bei Hullmann mögen auch der im Kommentar von Nagel[7]) geäußerten Ansicht zu Grunde liegen, wo ausgeführt wird, die Genossenschaft müsse aufrechnen, wenn es möglich sei, sonst sei ein Verzicht anzunehmen. Dabei sagt jedoch § 53 KO., daß der Gläubiger nicht aufrechnen müsse, denn er „braucht" seine Forderung im Konkursverfahren überhaupt nicht geltend zu machen[8]). Da mithin § 53 KO. dem Gläubiger das „Recht" gibt, die Anmeldung der Forderung im Konkursverfahren zu unterlassen, so ist ihm die Befugnis zur Anmeldung nicht genommen. Er darf daher ganz nach Belieben die Aufrechnung alsbald erklären, oder damit warten. Die Anmeldung der Forderung enthält deshalb noch keinen Verzicht auf die Aufrechnung. Deshalb beeinträchtigt auch die Annahme von Dividenden nicht das Recht der Aufrechnung, denn diese vollzieht sich außerhalb des Konkurses[9]).

Die Ansicht, die Teilnahme am Konkurs müsse notwendig den Verzicht auf das Aufrechnungsrecht im Gefolge haben, kann aber umsoweniger zutreffen, als der mit der Aufrechnung noch wartende Gläubiger hierfür verschiedene Gründe haben kann. Vielleicht bezweckt er, daß zunächst seine volle Forderung im Konkurs festgestellt werde, oder er will sich größeren Einfluß bei etwa zu erwartenden Vergleichsverhandlungen sichern. Durch die Verfolgung dieser Ziele darf der Gläubiger sein Aufrechnungsrecht nicht verlieren[10]). Das Bestehen des § 164 KO. beweist, daß auch der Gesetzgeber davon ausgeht, daß der

---

[7]) Nagel, § 73 Anm. 3b.

[8]) RGZ. in JW. 1907 S. 275 Nr. 39.

[9]) Wolff, § 53 Anm. 6; Sarwey-Bossert, § 53 Anm. 3, mit weiteren Nachweisen.

[10]) Jäger, § 53 Anm. 13.

Gläubiger grundsätzlich auf seine im Konkurse nicht befriedigten Forderungen eben nicht verzichten, sondern diese nach Konkursende noch weiter verfolgen wolle. § 164 KO. bestimmt, daß der Gläubiger nach Konkursende wegen seiner nicht getilgten Forderungen wieder im Wege der Einzelvollstreckung gegen den Schuldner vorgehen könne.

Auch die Motive zur Konkursordnung[11]) betonen, daß selbst eine vorgängige Anmeldung der Forderung zum Konkursverfahren keinen Verzicht auf die Aufrechnung enthalte. Gegen diese Ansicht, die Beteiligung am Konkursverfahren erfordere nicht den Verzicht auf spätere Aufrechnung, sind daher ernstliche Bedenken nicht begründet[12]). War darüber hinaus bereits vorher dargelegt[13]), daß die Möglichkeit einer Ausfallaufrechnung nach dem Gesetz grundsätzlich gegeben ist, so liegt für die Annahme eines Verzichtes in den angegebenen Fällen umsoweniger ein Bedürfnis vor, und man darf sogar davon ausgehen, daß in der Regel kein Verzicht vom Aufrechnungsberechtigten gewollt ist.

§ 7. Nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs oder eines Vergleichs im Vergleichsverfahren bleibt das Recht zur Aufrechnung mit der ungekürzten Forderung erhalten, dagegen ist eine Ausfallaufrechnung ausgeschlossen.

Ist die Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung für das Konkursverfahren festgestellt, so fragt sich, ob dieselbe Entscheidung auch nach Bestätigung eines Zwangsvergleichs zu gelten hat. Dort erscheint der Ausschluß späterer Aufrechnung an sich naheliegend, weil der Vergleich in der Regel einen Erlaß der weiteren Forderungen und Befriedigungsmöglichkeiten mit sich bringt. Zumindest könnte danach angenommen werden, daß der Aufrechnungsgläubiger nach dem Zwangsvergleich nicht mehr mit seiner ursprünglichen vollen Forderung, sondern nur noch mit der zufolge des Zwangsvergleichs ermäßigten Forderung aufrechnen dürfe[1]). Nach der diesem Ergebnis folgenden Meinung soll der Zwangsvergleich gemäß § 193 KO. auch gegen den Aufrechnungsberechtigten wirken[2]). Das ergebe sich, so wird angenommen, daraus, daß die Aufrechnungsberechtigten zu den „nicht bevorrechtigten" Gläubigern im Sinne des § 61 KO. zu zählen seien, auf die § 193 KO. die Vergleichswirkungen erstreckt. Diese auch sonst noch viel-

---

[11]) Stenogr. Ber. S. 1462.
[12]) Richers, BlfG. 1929 S. 7; Jäger, § 53 Anm. 13.
[13]) § 2 der Arbeit.
[1]) Wolff, § 53 Anm. 4; Sarwey-Bossert, § 53 Anm. 7.
[2]) Lang, S. 126 und 127.

fach vertretenen Ansichten haben zwar den Wortlaut der §§ 61, 193 KO. scheinbar für sich, sie entsprechen aber nicht dem wahren Gesetzeswillen.

Der Nachweis für die Richtigkeit dieser Folgerung braucht nicht notwendig von der rechtlichen Natur des Vergleichs als eines materiellen Rechtsgeschäftes oder eines Staatshoheitsaktes auszugehen[4]).

Hier genügt die Hervorhebung, daß der Inhalt des Vergleichs durch den Willen der beteiligten Parteien gebildet wird, den das Gesetz nur ergänzend beeinflußt. Soweit nun ein Erlaßvergleich die Forderungen gewisser bevorrechtigter Gläubiger (vgl. § 193 KO.) wegen des erforderten Fortbestandes von akzessorischen Rechten zu Naturalobligationen abschwächt, können die etwa bestehen bleibenden Naturalobligationen dem Aufrechnungsberechtigten nichts nützen, da er nicht zu den durch akzessorische Rechte bevorzugten Gläubigern zählt. Würden darüber hinaus die erlassenen Forderungsteile als fortbestehende Naturalobligationen anerkannt, so ließe sich auch hierdurch eine Aufrechnung mit solchen Forderungen nicht rechtfertigen. Denn mit dem Wort in § 387 BGB. „schulden" sind nur erzwingbare Forderungen gemeint[5]).

Soll die Aufrechnung dennoch zulässig sein, so kann sich dies nur herleiten

1. entweder aus einer entsprechenden vom Gesetz für beachtlich erachteten Erklärung des Aufrechnungsberechtigten bei Zustimmung zum Vergleich (etwa einem Vorbehalte),
2. oder aus einer ohne Rücksicht auf die zum Vergleich führenden Erklärungen vom Gesetz besonders verordneten Rechtswirkung. Diese Rechtswirkung dürfte nicht durch entgegenstehende Erklärung des Begünstigten wieder ausgeschlossen sein.

Ausdrückliche Vorschriften über den Fortbestand des Aufrechnungsrechts gibt das Gesetz zwar nicht. Dagegen läßt sich diese Rechtsfolge aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Gedanken entnehmen[6]). Eine Reihe höchstrichterlicher Entscheidungen bestätigen das[7]). Mit der Berufung auf § 53 KO. wird in diesen darauf hingewiesen, daß die Aufrechnung sich außerhalb des Konkursverfahrens vollziehe und dessen Einfluß entzogen sei, der Zwangsvergleich aber nur als Teil des Konkursverfahrens gelte. Ebensowenig wie der Konkurs das Aufrechnungsrecht berührt, konnte der Zwangsvergleich dasselbe dem-

[3]) Jäger, § 53 Anm. 30 mit weit. Nachweisen.
[4]) Jäger, Lehrb., S. 140; Jäger § 173 Anm. 5.
[5]) Jäger, § 53 Anm. 3.
[6]) Jäger, § 53 Anm. 30; Mentzel, § 53 Anm. 2; Warneyer, § 53 Abs. 1 S. 237; Oetker, S. 239.
[7]) RGZ. Bd. 80 S. 409; JW. 1913 S. 215 und 929, 1915 S. 1029; LZ. 1910 S. 232.

nach berühren. Mithin werde die Forderung des Aufrechnungsberechtigten vom Vergleich betroffen „unbeschadet" der zur Zeit des Zustandekommens des Vergleichs bestehenden Aufrechnungsbefugnis. Das Ergebnis entspreche auch der Billigkeit, denn es sei nicht angängig, die mit dem Aufrechnungsrecht versehene Forderung ebenso zu behandeln wie jede andere, die diesen Vorzug nicht hatte. Darin läge andernfalls eine ungerechtfertigte Schlechterstellung des Aufrechnungsberechtigten gegenüber den anderen Gläubigern, die keine besseren Rechte zu opfern brauchten.

Es besteht kein Grund, die Forderungen, die den Vorzug der Aufrechenbarkeit hatten, vom Augenblick des Vergleichs ab den Forderungen gleichzustellen, die diesen Vorzug nicht hatten. Darin läge eine Verletzung des Grundsatzes, daß der Vergleich allen nichtbevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewähren muß. Vereinzelt wird noch darauf hingewiesen, daß der Aufrechnungsberechtigte, der im Vertrauen auf die in § 53 KO. ihm eingeräumte Vergünstigung die Aufrechnung vor Zustandekommen des Zwangsvergleichs unterlassen habe, nicht schlechter stehen dürfe als derjenige, der kurz vorher noch die Aufrechnung vorgenommen habe[8]). Bei Annahme des Untergangs des Aufrechnungsrechts beim Vergleich käme man unter Umständen dahin, daß der vorher Aufrechnungsberechtigte jetzt noch zur Masse zurückzahlen müßte, während er selbst nur einen geringeren Teil, als er zahlen müßte, als Vergleichsrate erhielte[9]). Neben diesen Billigkeitserwägungen spricht aber vor allem noch gegen den Untergang des Aufrechnungsrechts der Umstand, daß der Aufrechnungsberechtigte dann schlechter stünde als der Absonderungsberechtigte, der sein Recht auf abgesonderte Befriedigung nach § 193 KO. nicht verliert. Dies zulassen, hieße den § 53 KO. gerade im wichtigsten Falle versagen lassen. Vorher ist bereits auseinandergelegt, daß § 53 KO. dem Aufrechnungsberechtigten eine bessere Rechtsstellung als dem Absonderungsberechtigten einräumen will. Deshalb weist die Entscheidung des OLG. Bamberg vom 13. Juni 1903[10]) zutreffend darauf hin: wenn das Gesetz dem Aufrechnungsberechtigten die Erlaubnis gibt, nicht am Konkurs teilzunehmen und damit den Schicksalen des Konkurses zu entgehen, darf es aus der Nichtbeteiligung andererseits keine Nachteile für ihn entstehen lassen. In Weiterentwicklung des in dieser Entscheidung geäußerten Gedankens läßt sich sagen, daß Gleiches, wie es im Falle der Nichtbeteiligung für den Aufrechnungsberechtigten Rechtens ist, für ihn auch im Falle der Beteiligung am Konkurs gelten muß, denn für eine verschiedene Behandlung

[8]) Seuffert, S. 437.
[9]) Hinweis bei Jäger, § 53 Anm. 30.
[10]) In SeuffA. Bd. 58 Nr. 226.

beider Fälle ist kein Grund ersichtlich. Die Ansicht, der Aufrechnungsberechtigte dürfe in keinem Falle schlechter stehen als der Absonderungsberechtigte, kommt auch in den Motiven klar zum Ausdruck[11]). Dort heißt es, für den Gläubiger sei die Kompensation eine Deckung wie die Retention und das Pfandrecht. Es würde unbillig sein, zu verlangen, daß ein Gläubiger seine Deckung zur Konkursmasse hinausgäbe und seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen solle. Dem Recht des Absonderungsberechtigten, an einer Sache des Gemeinschuldners sich abgesondert zu befriedigen, entspreche die Befugnis des Aufrechnungsberechtigten, das Geld, das er dem Schuldner anderweit schulde, nicht zum Nutzen aller zur Konkursmasse zu zahlen, sondern diese seine Schuld zur Tilgung seiner Forderung abgesondert von den übrigen Gläubigern zu verwenden. Wenn aber die Sicherung des Aufrechnungsberechtigten eine Art Pfand sein soll, und dem Pfandgläubiger seine Vorzugsstellung nicht verloren geht, so muß dasselbe auch für den Aufrechnungsberechtigten gefordert werden.

Eine Bestätigung dafür, daß der Aufrechnungsberechtigte nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs mit seiner vollen, nicht nur durch den Vergleich gekürzten Forderung noch aufrechnen kann, stellt § 54 Vergl. O. vom 26. Februar 1935 dar. Wenn dort ausdrücklich das Fortbestehen der Aufrechnungsrechte verordnet wird, so kommt darin ein allgemeingültiger Gedanke zum Ausdruck, wie er von Lehre und Rechtsprechung entwickelt ist, und dessen Verwertung auch für den Zwangsvergleich geboten erscheint. Es wäre auch nicht einzusehen, aus welchen Gründen ein Aufrechnungsberechtigter im Zwangsvergleich insoweit schlechter stehen sollte als im Vergleichsverfahren auf Grund der Vergleichsordnung.

Demnach läßt sich aus den dem Gesetz zu Grunde liegenden Gedanken und bei gerechter Vergleichung der möglichen Ergebnisse feststellen, daß der Aufrechnungsberechtigte in seinen Rechten zur Aufrechnung durch den Zwangsvergleich in keiner Weise mehr beeinträchtigt wird, als dies auch im Konkursverfahren erfolgt. Zwar scheint die Bestimmung des § 193 KO. diesem Ergebnis noch entgegenzustehen. Dort ist gesagt, daß der Zwangsvergleich gegenüber allen nicht bevorrechtigten Gläubigern wirksam sei. Unter den Rechten, die § 193 S. 2 KO. von den Wirkungen des Konkurses ausnimmt, ist das Aufrechnungsrecht nicht aufgeführt, wohl dagegen das Pfandrecht und damit das Absonderungsrecht. Dennoch muß für den Aufrechnungsberechtigten insoweit zumindest dasselbe gelten wie für den Absonderungsberechtigten. Denn es ist nach der Regelung des Aufrechnungsrechts und den mitgeteilten Aeußerungen der Motive als Grundsatz anzunehmen, daß der Aufrechnungs-

[11]) Stenogr. Ber. S. 1462.

berechtigte nicht schlechter stehen soll als der Absonderungsberechtigte. Das OLG. Frankfurt[12]) hebt hervor, in § 193 KO. liege in der Nichterwähnung des Aufrechnungsberechtigten kein Versehen des Gesetzgebers, sondern er habe den bezüglich des Aufrechnungsrechts bestehenden — mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmenden — Rechtsbrauch für richtig und damit eine nochmalige Regelung insoweit für überflüssig erachtet. Abgesehen davon darf aus § 193 KO. für das Aufrechnungsrecht nichts hergeleitet werden, weil dieses in § 53 KO. einer speziellen Regelung unterzogen wird, während § 193 KO. eine allgemeine Regelung für alle am Konkurs Beteiligten vorsieht. Zudem nimmt der Aufrechnungsberechtigte, soweit er die Aufrechnung vornimmt, überhaupt nicht am Konkurs teil und darf schon deshalb nicht unter eine Regelung mitgefaßt werden, die sich nur auf Konkursbeteiligte erstreckt. Der vorher Aufrechnungsberechtigte darf daher auch nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs mit dem vollen Forderungsbetrage, nicht nur dem verbliebenen Reste aufrechnen. Das gilt auch, wenn er die Vergleichsraten bereits erhalten hat.

Der hiernach gefundene Rechtssatz, daß dem Aufrechnungsberechtigten das Aufrechnungsrecht auch nach dem Zwangsvergleich noch in dem Umfange verbleibt, wie es ihm im Augenblicke vorher zustand, rechtfertigt nur die einfache Aufrechnung, nicht aber zugleich auch die Ausfallaufrechnung. Daher erhebt sich weiterhin die Frage, ob der Aufrechnungsberechtigte nach Bestätigung eines Zwangsvergleichs auch mit seiner Ausfallforderung aufrechnen kann, wie es vorher für den Konkurs bejaht wurde. Kann er zunächst die auf seine volle Forderung entfallenden Vergleichsraten annehmen und danach mit seinem Ausfall, der hier mit den nach dem Vergleich von seiner Forderung vorgenommenen Abstrichen gleichzusetzen wäre, gegen die Forderung des Schuldners noch aufrechnen?

Diese Frage ist zu verneinen. Die Möglichkeit einer Ausfallaufrechnung fehlt gegenüber einem Zwangsvergleich (wenn nicht ein gegenüber dem Zwangsvergleich insoweit wirksamer Vorbehalt vorliegt). Der Gläubiger kann zwar, ohne zuerst aufzurechnen, auf seine ganze Forderung die Vergleichsquote verlangen. Ein solches Vorgehen hat auch nicht notwendig den Verzicht auf das spätere Aufrechnungsrecht zur Folge[13]). In diesem Falle kann aber eine Ausfallaufrechnungslage nie mehr eintreten, da ja die Forderung des Gläubigers, soweit sie seine Schulden, also die Gegenforderungen übersteigt, von vornherein den Vergleichswirkungen unterliegt[14]). Der Vergleich bewirkt

[12]) Entschg. vom 7. 12. 1903 in: OLG. Bd. X S. 214.

[13]) Richers, BlfG. 1932 S. 9; LG. Essen in: BlfG. 1931 S. 80; KonkTrh. 1935 S. 77.

[14]) Jäger, § 53 Anm. 30 a. E.; Herling S. 4.

daher, daß der Gläubiger mit dem durch sein Aufrechnungsrecht gedeckten Forderungsteil zuzüglich des Anteils, der nach dem Vergleich auf den überschießenden Betrag entfällt, Anspruch auf Befriedigung hat[15]). Da insoweit, als die überschießende Forderung durch den Vergleich verkürzt wurde, keine Forderung mehr vorliegt, kann mit einer solchen auch späterhin keine Aufrechnung mehr erfolgen. Dann ist aber eine Ausfallaufrechnung auch nicht mehr möglich, denn der bestehen bleibende Forderungsteil wird durch die Vergleichsrate voll gedeckt.

Hat der Gläubiger eine Forderung von 1000,— RM, der Schuldner eine von 200,— RM, und werden im Vergleich 50% erzielt, so hat dies die Folge, daß dem Gläubiger jedenfalls 600,— RM für seine Befriedigung sicher sind, es bleibt ihm nämlich sein Aufrechnungsrecht mit 200,— RM, von dem Rest von 800,— RM hat er 50% = 400,— RM zu beanspruchen, denn mit diesem Rest unterliegt er von vornherein dem Vergleich, sodaß also davon 50% auf jeden Fall wegfallen.

400,— RM hat er also eingebüßt. Läßt der Gläubiger sich nun zunächst die Vergleichsquote von 50%, also 500,— RM geben, so bleibt ihm nur noch ein Aufrechnungsrecht mit 100,— RM, darüber hinaus besteht ja keine Forderung mehr. Ein Ausfall, der die Frage der Zulässigkeit einer Aufrechnung mit einem solchen entstehen lassen könnte, ist demnach rechtlich nicht mehr möglich. Dem Gläubiger bringt es also keinen Vorteil mehr, wenn er mit der Aufrechnung wartet[16]).

Das Ergebnis ist gerechfertigt, weil der Fortbestand des Aufrechnungsrechts nur um deswillen zu fordern war, damit der Gläubiger, der vom Schuldner im ungünstigsten Falle nichts erhält, nicht an diesen sogar noch herauszahlen müßte. Diese Billigkeitserwägungen finden aber ihre erschöpfende Berücksichtigung in der Zubilligung des Fortbestandes des Aufrechnungsrechts. Darüber hinaus läßt sich daraus nicht die Forderung rechtfertigen, dem Gläubiger auch den Fortbestand seiner nicht durch Aufrechnung gedeckten Forderung im Zwangsvergleich zuzubilligen. Insoweit lassen die allgemeinen Vergleichswirkungen eine Einschränkung nicht mehr zu.

In jüngerer Zeit setzen sich führende Männer der Lehre und Praxis des Genossenschaftsrechts dafür ein, auch gegenüber einem Zwangsvergleich die Ausfallaufrechnung zuzulassen[17]).

---

[15]) RGZ. Bd. 80 S. 408. Der Vergleich erfaßt den durch Aufrechnung gedeckten Teil der Forderung vorbehaltlich des bestehenden Aufrechnungsrechts.

[16]) Für die Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung auch im Zwangsvergleich: Merckens, ZDNotV. 1905 S. 621. Er beruft sich zur Begründung auf Jäger, Komm. Dort ist aber, a.a.O. § 53 Anm. 30, gesagt, daß der Gläubiger mit dem hinter seiner Schuld zurückbleibenden Teile seiner Forderung den Vergleichswirkungen unterliege. Begründung fehlt.

Hierzu werden entsprechende Aufnahmen im Genossenschaftsstatut empfohlen. So sehen die Mustersatzungen des deutschen Genossenschaftsverbandes vor[18]), das Geschäftsguthaben des Genossen solle der Genossenschaft für deren etwaigen Ausfall „im Konkurse und Vergleichsverfahren" haften. Soweit ersichtlich, ist weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung hierzu eine Stellungnahme erfolgt, ob die Ausfallaufrechnung nach bestätigtem Zwangsvergleich sich durch eine solche Satzungsbestimmung ermöglichen läßt. Sie würde gegen § 181 KO. verstoßen.

§ 181 KO. verlangt unter Androhung der Nichtigkeit, daß der Zwangsvergleich grundsätzlich allen nichtbevorrechtigten Gläubigern gleiche Rechte gewähren muß, daß abweichende Vereinbarungen nur mit Zustimmung der dadurch betroffenen anderen Gläubiger wirksam sind. Die Vorschrift erfüllt ein Erfordernis der Billigkeit, denn der Zwang einer überstimmten Minderheit zum Vergleich ist nur gerechtfertigt, wenn der Vergleich das gemeinsame Interesse aller Gläubiger wahrt, also jeder verhältnismäßig dasselbe erhält[19]). Die danach gegen § 181 KO. verstoßenden Sondervereinbarungen sind jedoch nicht nur unwirksam, wenn sie erst während der Vergleichsverhandlungen oder während des Konkurses, und mit Beziehung auf einen bereits ins Auge gefaßten bestimmten Vergleich zustandekommen[20]). Unwirksam ist vielmehr auch ein Abkommen, wenn es vor Konkurseröffnung und zu einer Zeit bereits geschlossen wurde, wo von einem Zwangsvergleich noch keine Rede war[21]). Hierfür ist allein entscheidend, ob die Sondervereinbarung nach der Absicht der Parteien für den Fall des Konkurses überhaupt getroffen wurde[22]).

Bei der in Frage stehenden Satzungsbestimmung kann aber nicht zweifelhaft sein, daß sie für einen möglicherweise eintretenden Zwangsvergleich und ausschließlich für diesen Fall gelten solle, denn sie spricht dies eindeutig aus. Sie bezweckt auch die Beschaffung von Sondervorteilen gegenüber den anderen nichtbevorrechtigten Konkursgläubigern, wenn sie die Befugnis zur Ausfallaufrechnung mit den diese ermöglichenden Bedingungen sicherstellen will. Die Voraussetzung für eine Ausfallaufrechnung wäre aber, daß etwa der Erlaßvergleich für die Forderung des begünstigten Gläubigers keine Ermäßigung bringt,

[17]) Weidmüller, BlfG. 1930 S. 129; Crecelius, BlfG. 1929 S. 101.

[18]) §§ 35 Abs. 3, 35 Abs. 4 der Mustersatzungen des deutschen Genossenschaftsverbandes für Kreditgenossenschaften bzw. Rohtoff-, Magazin-, Werk- und Lieferungsgenossenschaften.

[19]) RGZ. Bd. 28 S. 98.

[20]) RGZ. Bd. 78 S. 185/186.

[21]) RG. in GruchBeitr. Bd. 43, S. 1196; Warneyer, § 181 S. 354.

[22]) RG. zit. b. Mentzel, § 181 Anm. 4: es genügt, wenn ein Zwangsvergleich nur als möglich ins Auge gefaßt war und nicht in Beziehung zu einem bestimmten Vergleichsvorschlag steht.

andernfalls könnte kein Ausfall mehr entstehen. Eine Bevorzugung in diesem Sinne ist stets gegeben, wenn ein Gläubiger für seine Konkursforderungen eine Befriedigungsmöglichkeit erlangt, die anderen Gläubigern nicht gegeben ist[23]).

Daß die Ausfallaufrechnung solche weitergehenden Vorteile bringt, kann keinem Zweifel unterliegen. Die Genossenschaft will durch sie die Möglichkeit erlangen, zunächst die volle Vergleichsrate auf die ganze Forderung zu erhalten, um danach mit ihrem Ausfall gegen die Forderungen des Genossen aufrechnen zu können. Ohne die auf die Ausfallaufrechnung hinzielende Satzungsbestimmung würde die Genossenschaft ebenso wie sonstige gewöhnliche Aufrechnungsberechtigte allenfalls insoweit noch ein Aufrechnungsrecht gehabt haben, als sie durch die Vergleichsrate weniger erhielt, als sie bei Erklärung der Aufrechnung im Augenblick vor Bestätigung des Zwangsvergleichs gehabt hätte. Demnach verstößt eine Satzungsbestimmung, die der Genossenschaft für den Eintritt des Zwangsvergleichs die Ausfallaufrechnung sichert, gegen § 181 KO. und ist mithin nichtig.

Wollte man diesem Ergebnis nicht zustimmen, so würde man einem Gläubiger gewissermaßen ein Recht zugestehen, im voraus einem Schuldner das Versprechen abzunehmen, daß in alle Zukunft ein Vergleich den Gläubiger immer verschonen müsse. Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung kann nicht den Zielen des Gesetzes entsprechen. Vielmehr müßte ein solches Vorgehen als auf eine Umgehung des § 181 KO. gerichtet bezeichnet werden. Die Geltung des § 181 KO. ließe sich hierdurch im voraus ausräumen, seine Anwendungsmöglichkeit wäre dann erheblich eingeschränkt. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, daß eine Rechtsnorm weitgehendste Geltung beanspruchen will. Die in fraudem legis begründete Vereinbarung ist daher als nichtig anzusehen.

Gegenüber dem hier vertretenen Ergebnis macht Jäger[24]) eine Einschränkung, wenn er ausführt, die Bevorzugung könne nach dem Zweck des § 181 KO. nur ein Begünstigen „im Verhältnis zu einem bestimmten Zwangsvergleich" sein. Wo dieses Verhältnis fehle, bleibe das gesetzliche Erfordernis der Bevorzugung unerfüllbar[25]). Wenn es jedoch, wie in dem hier erörterten Falle niemals einem Zweifel unterliegen kann, daß die Vereinbarung in „jedem" Zwangsvergleich eine Bevorzugung bewirken wird, der nur (und das ist ja nach der Erfahrung die Regel) die geringste Verkürzung der Gläubigerforderungen bringt, so wäre es übertrieben, hier noch jedenfalls bis zum

---

[23]) Warneyer, § 181 S. 353.

[24]) Jäger, § 181 KO. Anm. 4.

[25]) Jäger a.a.O. mit Übersicht der Anhänger und Gegner dieser Rechtsansicht.

etwaigen Zustandekommen eines Zwangsvergleichs warten zu wollen, um an diesem einen Vergleichsanhalt zu haben. Das Reichsgericht[26]) teilt den Standpunst Jägers nicht, mit dem Hinweis, daß § 181 KO. jeden Vergleich verhindern wolle, der nicht den Interessen aller Gläubiger entspreche. Die Schädlichkeit eines Abkommens, das neben einem möglicherweise einmal zu schließenden Zwangsvergleich gelten solle, sei demgegenüber nicht geringer, wenn ein bestimmter Vergleichsvorschlag noch nicht vorliege. Diese Ansicht ist zu billigen, weil andernfalls sich der mit § 181 KO. verfolgte Zweck leicht umgehen ließe.

Die zur Stützung dieser Rechtsfolge vorher angeführten Entscheidungen hatten zwar stets Fälle zum Gegenstande, wo die Verwirklichung eines Zwangsvergleichs nahegerückt war, da der Schuldner bereits in Zahlungsschwierigkeiten geraten war. Wo die Möglichkeit eines Zwangsvergleichs bereits erwogen wurde, konnte die Anwendbarkeit des § 181 KO. keinem Zweifel unterliegen. Aber auch dann muß dasselbe gelten, wenn das Abkommen erst im Hinblick auf einen zukünftigen Konkurs und seine Erledigung getroffen wurde. Der rechtliche Grundgedanke des § 181 KO. geht nämlich dahin, daß ein Gläubiger nicht durch die Zusicherung von Sondervorteilen sich dazu solle bewegen lassen, einem Zwangsvergleich zuzustimmen, der dann wohl sein, nicht aber ebenso das gemeinsame Wohl der übrigen Beteiligten wahrt[27]). Auch bei Vorliegen einer längst vor einem Konkurseintritt geschlossenen Sondervereinbarung kann der Gläubiger aus dieser die Veranlassung nehmen, für den Vergleich einzutreten und dadurch zur Überstimmung der anderen Gläubiger mitzuwirken[28]). Dem gesetzlichen Grundgedanken entsprechend muß daher gegebenenfalls auch eine Sonderabrede nichtig sein, die im voraus und ohne Beziehung auf einen bereits in Erwägung gezogenen Konkurs getroffen wurde. Der Richter hätte bei Vorliegen einer dahingehenden Abrede den Vergleich gemäß § 186 Nr. 1 KO. zu verwerfen[29])

Für den Fall nachträglichen Zustandekommens eines Zwangsvergleichs, wenn er bei Verabredung der Sondervereinbarung auch noch nicht als bestimmter ins Auge gefaßt war, will dagegen auch Jäger die Nichtigkeit eintreten lassen. Mit ihm würde man also zu dem Ergebnis gelangen, daß sich bei einer vor Konkurseröffnung getroffenen dem § 181 KO. möglicherweise unterfallenden Sonderabrede nicht eher über deren Rechtswirksamkeit eine Entscheidung treffen läßt, bis ein Zwangsvergleich zustande gekommen ist. Die Genossen-

[26]) RG. in KonkTrh. 1931, S. 73.
[27]) Jäger, § 181 Anm. 1.
[28]) Kohler, § 66 IV S. 287.
[29]) KonkTrh. 1934 S. 81.
[30]) Jäger, § 181 Anm. 4 mit Bezug auf RG. in Gruch. Beitr. Bd. 43 S. 1196.

schaft kann aber an solcher Hinausschiebung der Entscheidung kein Interesse haben, wenn sich nach dem besonderen Inhalte der hier in Frage stehenden Satzungsbestimmung mit Sicherheit sagen läßt, daß sie jedem Zwangsvergleich gegenüber eine Bevorzugung aufstellen würde. Da die in Frage stehende Satzungsbestimmung daher dem § 181 KO. stets widersprechen würde, kann sie durch Aufnahme in ein entsprechendes Statut die Ausfallaufrechnung für den Fall eines Zwangsvergleichs nicht sicherstellen[31]).

Um aber die Möglichkeit der einfachen Aufrechnung zu erlangen, bedarf es einer dahingehenden besonderen Vereinbarung nicht, da diese auch ohnehin schon nach dem Gesetz, wie vorher dargelegt, zulässig ist. Eine dennoch getroffene Vereinbarung wäre deshalb aber nicht unwirksam, sie würde vor allem nicht gegen § 181 KO. verstoßen. Soweit Zeitpunkt der Aufrechnung und Einzelheiten durch eine solche Vereinbarung geregelt würden, kann sie auch empfehlenswert sein. Um gültig zu bleiben, dürfte sie jedoch im Ergebnis nur zum Gleichen führen wie die Aufrechnung ohne Vereinbarung.

Gegenüber dem Vergleich auf Grund der Vergleichsordnung nach vorangegangenem Vergleichsverfahren bereitet die Frage der „einfachen" Aufrechnung keine Schwierigkeiten, sie ist hier in § 54 VerglO. besonders geregelt. Die Bestimmung hebt nochmals hervor: „Soweit die Aufrechnung hiernach statthaft ist, wird die Befugnis hierzu durch die Wirkungen des Vergleichs nicht berührt." Damit wird deutlich gesagt, daß die Wirkungen des Vergleichs nur vorbehaltlich des Aufrechnungsrechts gelten[32]).

Der Gläubiger soll also nach dem Vergleich im gleichen Umfange sein Aufrechnungsrecht haben, wie ohne den Vergleich vorher im Konkurs[33]). Es gelten mithin hier für ihn auch dieselben Erweiterungen (§ 54 KO.) und Beschränkungen (§ 55 KO.) wie während des Konkurses. Eine Folge dieses Vorbehaltes ist es auch, wenn nach dem Vergleich der Ausfallgrundsatz des § 64 KO. bspw. für den Aufrechnungsberechtigten nicht gilt.

Demnach braucht der Gläubiger sich am Vergleichsverfahren nicht zu beteiligen, um dadurch seine Rechte zu erhalten. Es steht ihm auch frei, ob und wann er aufrechnen will. Er kann daher auch die Vergleichsraten beanspruchen, ohne daß darin schon ein Verzicht auf sein Aufrechnungsrecht erblickt

---

[31]) Für die Zulässigkeit der vereinbarten Ausfallaufrechnung außer Weidmüller und Crecelius LG. Essen in: BlfG. 1931 S. 79, jedoch ohne nähere Begründung.

[32]) Vogels, § 54 Anm. 2: § 54 Vergl O. leite sich aus § 53 KO. ab.

[33]) Vogels, § 54 Anm. 2a und b.

[34]) Bley, § 36 Anm. I, 3 für die frühere VerglO., deren § 36 mit § 54 neue VerglO. inhaltlich übereinstimmt.

werden müßte[35]). Bei Vornahme der Aufrechnung kommen ihm auch die im § 54 KO. niedergelegten Vergünstigungen zustatten. Hat er nun im Vergleichsverfahren auf Grund der Vergleichsordnung die Möglichkeit der Ausfallaufrechnung?

Die Frage muß nicht notwendig wie gegenüber dem Konkursverfahren beantwortet werden. Dort ergab sich die Zulässigkeit der Ausfallaufrechnung vor allem daraus, daß die materielle Forderung des Gläubigers durch den Konkurs in ihrem Bestande unberührt blieb, soweit nicht Konkursquoten auf sie abgetragen wurden (argumentum § 164 KO.). Für den Zwangsvergleich fehlte eine positive gesetzliche Regelung wie sie für das Vergleichsverfahren in § 54 VglO. aufgestellt ist. Gegenüber dem Zwangsvergleich durfte daher keinesfalls eine weitergehendere Aufrechnungsmöglichkeit zugegeben werden, als es die Berücksichtigung der dringenden aufgezeigten Billigkeitserwägungen unbedingt verlangte. Im Vergleichsverfahren auf Grund der Vergleichsordnung könnte jedoch mit Rücksicht auf die ausdrückliche gesetzliche Regelung des Aufrechnungsrechtes auf eine weitergehendere Aufrechnungsmöglichkeit geschlossen werden.

Für sich betrachtet, legt die in § 54 VerglO. niedergelegte Regel die Annahme nahe, daß nach bestätigtem Vergleich im Vergleichsverfahren die Ausfallaufrechnung ebenso möglich sein müßte wie im Konkursverfahren, wenn der Gläubiger in beiden Verfahren grundsätzlich in gleichem Umfange ein Aufrechnungsrecht haben soll. Dieses Ergebnis wäre auch aus rechtspolitischen Gründen zu begrüßen, weil bei Versagung des Rechtes zur Ausfallaufrechnung im Vergleich ein Gläubiger sich eher für die Durchführung eines Konkurses als den Abschluß eines Vergleichs einsetzen müßte. Damit würde den gesetzlichen Absichten, Vergleiche wegen ihrer besonderen Vorzüge[36]) weitgehendst zu fördern, entgegengewirkt. Dem Umstande, einem Aufrechnungsgläubiger wegen ungünstigerer Rechtsgestaltung gegenüber dem Konkurse nicht von vornherein den Anreiz zum Beitritt zum Vergleich zu nehmen, verdankt aber § 54 VerglO. mit seine Entstehung. Dennoch bietet er keine Handhabe für die Zulassung einer Ausfallaufrechnung.

Für den Vergleich gilt keine dem § 164 KO. gleiche Bestimmung, vielmehr läßt er die Schaffung neuer und die Abänderung der bestehenden Ansprüche zu. In der Begründung zum Entwurf[37]) der geltenden Vergleichsordnung wird ausgeführt: „Soweit die Aufrechnung während des Konkurses statthaft ist, soll der aufrechnungsberechtigte Gläubiger in seinen Rechten nicht dadurch verkürzt werden, daß der Vergleich seine

[35]) KonkTrh. 1935 S. 77.
[36]) Pagenstecher S. 127/128.
[37]) 1933 zu § 54 S. 72.

Forderungen herabsetzt oder stundet." Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß § 54 VerglO. nur die durch die Aufrechnungsmöglichkeit gedeckte Forderung im Auge hat. Dies folgt aus dem Worte: „Soweit". Oetker[38]) hat dies für den Zwangsvergleich dahin zusammengefaßt: „Der volle Forderungsbetrag bleibt als Aufrechnungsgröße bestehen." Die Forderung des Gläubigers wird gewissermaßen in zwei Teile geteilt, die durch Aufrechnungsrecht gedeckte Forderung und die diese Aufrechnungsdeckung übersteigende Forderung. Nur um des uneingeschränkten Fortbestandes der ersteren Forderungshälfte willen ist der gesetzliche Aufrechnungsvorbehalt in § 54 VerglO. geschaffen worden. Die damit ermöglichte Rechtsfolge bleibt in Übereinstimmung mit der in den Gesetzesmotiven mehrfach geäußerten Ansicht, das Aufrechnungsrecht gewähre im Ergebnis dieselben Vorteile wie etwa ein Pfandrecht.[39])

Diese rechtliche Grundlegung führt auch für den Vergleich der Vergleichsordnung dahin, daß eine Ausfallaufrechnung nicht möglich ist. Wenn der Vergleich nur den durch Aufrechnungsmöglichkeit gedeckten Teil der Forderung von den dem Aufrechnungsrecht entgegenstehenden Vergleichswirkungen befreien will, nicht dagegen die überschießenden Forderungen des Gläubigers, so unterliegen diese weitergehenderen Forderungen den durch den Vergleich etwa herbeigeführten Kürzungen. Die bestehen bleibenden Forderungen finden dann ihre restlose Befriedigung, und zwar durch Zahlung der Vergleichsraten und durch Aufrechnung. Werden auf den durch Aufrechnung gedeckten Forderungsteil Vergleichsraten gezahlt, so erlischt im Umfang dieser Zahlungen (§ 362 BGB.) auch das Recht auf Aufrechnung. Eine Forderung des Gläubigers, mit der er ausfallen und etwa weitere Aufrechnung versuchen könnte, bleibt danach nicht mehr übrig. § 54 VerglO. ermöglicht daher keine Ausfallaufrechnung.

Wollte der Gläubiger sich durch besondere Vereinbarung mit dem Schuldner die Ausfallaufrechnung sichern, so könnte er dies nur erreichen, wenn er von den seine Forderung berührenden, diese etwa ermäßigenden Wirkungen des Vergleichs befreit würde. Hiermit würde ihm aber eine Bevorzugung vor den übrigen beteiligten Gläubigern zugesagt, die gemäß § 8 VerglO.[40]) der Nichtigkeit unterläge. Eine dahingehende Vereinbarung ist auch dann nichtig, wenn sie lange vor dem Eintritt in Vergleichsverhandlungen bereits getroffen wurde, aber für diesen gelten soll.[41])

---

[38]) Oetker S. 239.
[39]) Stenogr. Ber. S. 1462.
[40]) § 8 VerglO. entspricht dem früh. § 5 alte VerglO., vgl. Entw. 1933 S. 56 zu § 8.
[41]) OLG. Celle in KonkTrh. 1929 S. 172.

Die herrschende Ansicht[42]) läßt das nur gelten, wenn das Abkommen in einem Zeitpunkte getroffen wurde, in dem der Schuldner einen gerichtlichen Vergleich in Erwägung gezogen hatte. Wenn aber hierzu weiterhin ausgeführt wird,[43]) das zeitliche Verhältnis zwischen Abkommen und Konkurs- bzw. Vergleichseröffnungsantrag falle nur für die Beweisfrage ins Gewicht, so wird damit zugegeben, daß im Einzelfall eine weite zeitliche Vorverlegung die Abrede der Geltung des § 8 VerglO. nicht entrücken kann. Die bisher in Lehre und Rechtsprechung sowohl zu § 181 KO. als auch § 5 alte bzw. § 8 neue VerglO. behandelten Fälle[44]) lassen sich mit der hier in Frage stehenden Satzungsbestimmung nicht vergleichen. Überall war der Schuldner bereits in Zahlungsschwierigkeiten geraten, oder es standen solche zumindest nahe bevor. Die gesetzlichen Grundgedanken, die hier die gleichen sind, wie sie zu § 181 KO. vorher entwickelt wurden, fordern aber die Geltung des § 8 VerglO. gegenüber einer Satzungsbestimmung wie der hier in Frage stehenden, auch wenn diese in einem Zeitpunkte begründet wurde, in dem noch niemand einen dereinstigen Konkurs oder Vergleich ahnen konnte. Die etwa möglichen Ergebnisse und die Gefahr einer Gesetzesumgehung lassen die Satzungsbestimmung gegenüber § 8 VerglO. ebenso als nichtig erscheinen, wie dies gegenüber § 181 KO. zu gelten hatte.

§ 8. Die Ausfallaufrechnung begründet keinen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB. auf Rückvergütung zuviel erhaltener Konkursdividende.

Wenn nach den bisherigen Ausführungen im Konkurse die Aufrechnung mit dem Ausfall für zulässig erklärt ist, so sind damit noch nicht alle Bedenken ausgeräumt. Hat beispielsweise der Gläubiger seine ganze Forderung mit 1000,— RM zum Konkurs angemeldet und die Dividende von 50 % hierauf, also 500,— RM erhalten, und rechnet er mit seiner danach verbleibenden Restforderung (der Ausfallforderung) von 500,— RM gegen eine ebenso große Gegenforderung des Gemeinschuldners auf, so soll er nach Lang und Richers[1]) ungerechtfertigt bereichert sein. Diese Rechtsfolge wird aus der rückwirkenden Kraft der Aufrechnung hergeleitet.

Nach § 389 BGB. erlöschen aufgerechnete Forderungen von dem Augenblick an, wo sie sich erstmals aufrechenbar gegenüber gestanden haben. Liegt dieser Zeitpunkt vor oder späte-

[42]) Bley, § 5 IV 1d mit Nachweisen.
[43]) Bley, a.a.O.
[44]) Bley, § 5 IV.
[1]) BlfG. 1927, S. 834; 1933 S. 8.

stens im Zeitpunkte der Konkurseröffnung (was mit Rücksicht auf § 55 KO. wohl die Regel sein muß, denn nach Konkurseröffnung entstandene Forderungen berechtigen nicht mehr zur Aufrechnung während des Konkurses), so bleibt für die Teilnahme am Konkurs nur der Betrag der Forderung, der nicht durch Aufrechnung erloschen ist. In dem angeführten Beispiel ergäbe sich also, daß es nach Vornahme der Aufrechnung, die den rückwirkenden Wegfall der Forderung des Gläubigers im Umfange von 500,— RM herbeiführte, so zu betrachten wäre, als ob der Gläubiger von Anbeginn des Konkurses an nur eine Forderung von 500,— RM, und nicht von 1000,— RM hatte. Er hätte demnach zu Unrecht sich zuerst mit 1000,— RM am Konkursverfahren beteiligt, da seine Forderung infolge des rückwirkend erfolgten Wegfalls von 500,— RM nur noch 500,— RM ausmachte. Demnach durfte der Gläubiger lediglich für eine Forderung von 500,— RM die Konkursdividende erhalten. Er müßte also die darüber hinaus von einer Summe von 1000,— RM erhaltene Dividende wieder zurückgeben oder sich anrechnen lassen (§ 812 BGB.), da er insoweit überkonkursmäßige Befriedigung erhalten hätte.

Dieser Gedankengang führt jedoch zum unrichtigen Ergebnis. Wenn das Gesetz auf der einen Seite die Ausfallaufrechnung zuläßt, so kann es unmöglich auf einem anderen Wege wieder zur Aberkennung der vorher ermöglichten Rechtserfolge gelangen. Zunächst ließe sich fragen, ob überhaupt im Zusammenhang mit der Durchführung des Konkursverfahrens der materielle Rückgewähranspruch auf Grund des § 812 BGB. möglich ist. Denn auch durch die nachträgliche Ausfallaufrechnung erlangt der Gläubiger hier Befriedigung nur bis zur Grenze seines materiellen Anspruchs, lediglich das Konkursverfahren will ihm nur einen Teil dieses Anspruchs, die konkursmäßige Quote zukommen lassen. Mit der Konkursordnung werden keine neuen Ansprüche begründet,[2]) sondern es wird nur die Durchsetzung von Ansprüchen und deren Befriedigung behandelt. Man könnte daher geneigt sein, Rückgewähransprüche nur insoweit zuzulassen, als sie durch das Konkursverfahren selbst geregelt sind. Sowohl nach der geschichtlichen Entwicklung als auch der ständigen Übung werden jedoch Bereicherungsansprüche auf Grund des § 812 BGB. gegeben, wenn eine Ausschüttung erfolgt ist, die, wenn auch nicht dem materiellen Recht, so doch den Regeln der Konkursordnung widerspricht. Diese Übung kann besonders deshalb als richtig gelten, weil § 166 KO. von der Möglichkeit ausgeht, daß auch aus anderen als in der Konkursordnung selbst geregelten Rechtsgründen ein Rückfließen von Beträgen zur Masse stattfinden kann. Die Kon-

[2]) Stein-Junker S. 403.

kursordnung stellt keine ausdrückliche Vorschrift auf, wonach die über die Konkursquote hinaus abgeführten Beträge zurückzuzahlen sind, dies kann sich daher nur aus dem materiellen Recht ergeben. Der Grund eines Bereicherungsanspruchs kann wiederum nicht auf einer materiellen Rechtsverletzung beruhen, weil der Aufrechnungsberechtigte durch die Ausfallaufrechnung nichts über den Betrag hinaus erhält, den er außerhalb des Konkursverfahrens wirklich zu fordern hat. Mithin kann für die Begründung eines im Zusammenhang mit der Ausfallaufrechnung etwa in Frage kommenden Anspruchs nach § 812 BGB. nur der Verstoß gegen konkursrechtliche Grundsätze in Frage kommen. Es ist hier der Grundsatz der par conditio creditorum, der verletzt sein könnte.

Die Ansicht, die in der Ausfallaufrechnung eine Verletzung dieses Grundsatzes sehen und demnach den Anspruch aus § 812 BGB. geben will, läßt sich nur auf die in § 389 BGB. verordnete Rückwirkung der Aufrechnung stützen. Es kann aber fraglich sein, ob die in § 389 BGB. allgemein begründete Rückwirkung auch in dem besonderen Falle der Aufrechnung gegen das nicht fällige Geschäftsguthaben eingreifen soll. Die Aufrechnung ist hier, soweit die Fälligkeit in Gemäßheit des § 73 GenG. noch nicht erfolgt war, nur mit Hilfe des § 54 KO. ermöglicht worden. Ein Gegenübertreten von zwei Forderungen, wie im Falle des § 389 BGB. vorausgesetzt, war hier unmöglich, da ja nur zu Gunsten des Gläubigers, also einseitig ein Aufrechnungsausnahmerecht mit Hilfe des § 54 KO. begründet wird. Also kann man nicht mit § 389 BGB. von einem Zeitpunkt sprechen, in welchem sie (nämlich beide Forderungen) zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. Das Liquidationsinteresse, in dessen Verfolgung die §§ 54, 65, 66, 67, 69 KO. u. a. geschaffen wurden,[3]) erfordert nicht unbedingt die Geltung des Rückwirkungsgrundsatzes. Wenn aber schon mit § 54 KO. der Grundsatz der par conditio creditorum durchbrochen wurde, so sollte dies keine weiteren Rechtswirkungen auszulösen brauchen, als es gerade notwendig war zur Durchführung der Ausnahmebefriedigung und der damit bezweckten Begünstigung gegenüber anderen Gläubigern.

Erblickt die herrschende Lehre in der Aufrechnung im wesentlichen einen Tilgungsakt,[4]) so erhellt, daß um der schuldtilgenden Wirkung willen die Rückwirkung nicht verordnet zu werden brauchte, denn die Erfüllung (§ 362 BGB.) wirkt auch nicht zurück. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch die Begründung der Motive[5]) bewiesen, wonach nur wegen gewisser

[3]) Lang S. 141, 142.

[4]) Überzeugend nachgewiesen von Oertmann, A. Bd. 113 S. 380 ff. mit Nachweisen.

[5]) Motive Bd. II S. 109; Prot. Bd. I S. 366.

beabsichtigter Wirkungen die Rückwirkung verordnet wurde. Ein Rückschluß aus der viel umstrittenen rechtlichen Natur der Aufrechnung[6]) kann gleichwohl für die Frage der Rückwirkung nichts ergeben. Ein solcher Rückschluß braucht auch nicht gezogen zu werden, da aus anderen Gründen ein Anspruch aus § 812 BGB. hier ausscheidet.

Die Bedenken gegenüber der Frage der Rückwirkung genügen nämlich allein noch nicht, dieselbe, die man als positiv verordnet hinnehmen muß,[7]) zu leugnen.[8]) Die bisher unbestrittene Meinung führt aus, das Recht zur Aufrechnung, welches vorher wegen des Fehlens der Fälligkeit der Forderung etwa mangelte, werde mit der Konkurseröffnung zulässig. Wird die Aufrechnung nun vom Gläubiger erklärt, so gelten die Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet sich gegenübergetreten sind (§ 389 BGB.). Dieser Zeitpunkt soll auf Grund des § 54 KO. mit dem der Konkurseröffnung zusammenfallen.[9]) Durch die Bekämpfung der im Zusammenhang mit § 54 KO. anerkannten Rechtswirkung läßt sich mithin der Anspruch aus § 812 BGB., der dem mit dem Ausfall Aufrechnenden droht, nicht ausräumen.

Die auf Grund des Gesetzes möglichen verschiedenen Ergebnisse bei der Ausfallaufrechnung lassen den Schluß zu, daß ein Anspruch aus § 812 BGB. nicht den Absichten des Gesetzes entsprechen kann. Wenn die Kündigung der Mitgliedschaft erst nach Konkurseröffnung erfolgte und damit die Aufrechnung frühestens im Zeitpunkte der Kündigung möglich wurde, so kann auch die Aufrechnung nur auf diesen Zeitpunkt zurückwirken. Die Rückwirkung hier bis auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung zu erstrecken, ist mit Hilfe des § 54 KO., wenn er auch in diesem Falle zur analogen Anwendung kam, unmöglich. § 54 KO. trifft die in ihm festgelegte Rechtswirkung nicht um der Begründung eines Zeitpunktes für die Rückwirkung willen, er will nur die Aufrechnung erleichtern, während für die Wirkung der Aufrechnung § 389 BGB. maßgeblich bleibt. Diese Vorschrift stellt es jedoch auf den wahren Zeitpunkt ab, in dem die Forderungen sich erstmalig zur Aufrechnung geeignet gegenübergetreten waren. Da dieser Zeitpunkt in dem angenommenen Fall aber erst nach wirksamer Kündigung eintreten konnte, vermochte auch die Aufrechnung nur bis dahin zurückzuwirken.

Daraus ergäbe sich für die Ausfallaufrechnung unter Berücksichtigung der von Lang und Richers[10]) vertretenen Auffas-

---

[6]) Staudinger, Vorbem. § 387 I, 1.
[7]) Staudinger, Vorbem. § 387 I, 2.
[8]) vgl. zur Begründung der Rückwirkung Enneccerus-Lehmann Bd. II § 71, II.
[9]) Jäger, § 54 Anm. 1; Wolff, § 54 Anm. 3.
[10]) Lang, BlfG. 1927 S. 836; Richers, BlfG. 1933 S. 7.

sung die Rechtsfolge: Wenn die Genossenschaft auf ihre volle zum Konkursverfahren angemeldete Forderung die Konkursdividende erhalten hätte, bevor die Kündigung der Mitgliedschaft erfolgt war, kann sie später mit ihrer Ausfallforderung aufrechnen, ohne dem Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB. ausgesetzt zu sein. Entsprechendes hätte bei Abschlagsverteilungen der Masse zu gelten. Da nämlich die spätere Aufrechnung in dem hier angenommenen Fall nur bis auf den Zeitpunkt der Vornahme der Kündigung, nicht bis auf den vor dieser liegenden Zeitpunkt der Konkurseröffnung zurückwirken könnte, blieb der rechtliche Grund für die Annahme der Konkursdividende auch nach der Aufrechnung bestehen. Er konnte also nicht nachträglich zufolge der Rückwirkung der Aufrechnung weggefallen sein.

Dem Gesetzgeber darf nicht unterschoben werden, er habe den Aufrechnungsberechtigten, dessen zulässige Aufrechnung auf einen früheren Zeitpunkt zurückwirkt als die ebensogut zulässige Aufrechnung eines anderen, diesem hinsichtlich der Rechtsfolgen der Aufrechnung im Konkurs nicht gleichstellen wollen. Denken wir an den Fall, die Kündigung wäre an irgendwelche durch den Konkurs nicht beseitigte erschwerende Umstände geknüpft gewesen oder aus sonstigen Gründen zunächst unterblieben und erst nach Verteilung der Masse erfolgt, so wäre, wenn das Gesetz den Anspruch aus § 812 BGB. grundsätzlich anerkennen würde, dessen Wirksamkeit dennoch in vielen Fällen ohne weiteres leicht und auf gesetzmäßige Art und Weise auszuschalten. Es würde einerseits nur einer üblen Spekulation und einer Quelle von vielen Streitigkeiten der Weg geöffnet, andererseits würden die juristisch und kaufmännisch gut beratenen Genossenschaften sich durch entsprechende Satzungsbestimmungen den bleibenden Erfolg der Ausfallaufrechnung jedenfalls sichern können. Eine dauernde praktische Bedeutung wäre daher letzten Endes der von Lang und Richers vertretenen Rechtsauffassung nicht beschieden. Aus diesen Gründen kann auch das Gesetz an einer Auslegung, mit der man zur Aufhebung der durch die Ausfallaufrechnung erlangten Vorteile käme, kein Interesse haben.

Die Untersuchung des rechtlichen Vorganges bei der Aufrechnung im Konkurs zeigt denn auch, daß nach dem Gesetz die Entstehung eines Bereicherungsanspruchs ausgeschlossen ist. Der rechtliche Erfolg der Rückwirkung bei Vornahme der Aufrechnung kann auf sich beruhen, denn diese Rückwirkung berührt nicht das Konkursverfahren. Dieses erkennt grundsätzlich die Möglichkeit einer nebenhergehenden außerkonkursmäßigen Befriedigung von Ansprüchen an (bspw. die Befriedigung des Aus- und Absonderungsberechtigten). Eine solche neben dem Konkursverfahren einhergehende Befriedigungsmöglichkeit

ist auch dem Aufrechnungsberechtigten gemäß § 53 KO. gegeben,[11]) denn sein Recht zur Aufrechnung wird durch den Konkurs nicht beeinflußt, er braucht insoweit seine Forderung zum Verfahren ja auch nicht anzumelden. Wollte man aber zufolge der mit der Aufrechnung verknüpften Rückwirkung daraus evtl. einen Bereicherungsanspruch für die Masse oder die übrigen Konkursgläubiger ableiten, so würde hiermit die gestattete außerkonkursmäßige Befriedigung auf einem Umweg wieder dem Einfluß des Konkurses unterworfen. Wenn aber das Gesetz eine Befriedigung außerhalb des Konkurses erlaubt und dieses Vorgehen von dem Konkursverfahren völlig unbeeinflußt läßt,[12]) so darf die außerkonkursmäßige Befriedigung soweit gehen, als eine Forderung unter Berücksichtigung der im und außerhalb des Konkurses erhaltenen Befriedigung noch besteht. Mithin kann die außerhalb des Konkurses vor sich gehende Aufrechnung nicht den nachträglichen Wegfall eines rechtlichen Grundes bewirken, der sich durch die Grundsätze der Konkursordnung rechtfertigen ließe.

Zudem käme man mit der Zubilligung des Bereicherungsanspruchs auf einem Umwege zur Festlegung desselben Ergebnisses, wie es §§ 64, 153 KO. für den Absonderungsberechtigten vorsehen. Der Aufrechnungsberechtigte wäre dann praktisch gezwungen, immer zuerst aufzurechnen und dann mit dem Rest sich am Verfahren zu beteiligen, oder bei späterer Aufrechnung einen entsprechenden Abzug vorzunehmen oder auf sein Aufrechnungsrecht zu verzichten. Gerade diesen Erfolg hat das Gesetz aber nicht gewollt. Mit der systematischen Unterbringung der Aufrechnung und der Weglassung einer dem § 64 KO. entsprechenden Bestimmung hat es zum Ausdruck gebracht, daß der Ausfallgrundsatz für den Aufrechnungsberechtigten nicht gelten solle.[13]) Der etwa zu erhebende Einwand, der Gesetzgeber habe die mit Hilfe des § 812 BGB. mögliche Rechtsfolge nicht bedacht, läßt sich nicht überzeugend begründen. Selbst wenn man diesem Gedanken folgen würde, müßte immer noch der Hinweis auf die nicht gewollte im Ergebnis dem § 64 KO. entsprechende Rechtsfolge dazu führen, den zuvor aus § 53 KO. entwickelten Grundsatz zu stützen. Grundsätzlich erfolgt nämlich auch die abgesonderte Befriedigung außerhalb des Konkurses. Der Absonderungsberechtigte ist jedoch im übrigen vom Konkursverfahren stark beeinußt. Seine Berücksichtigung im Konkurs ist abhängig gemacht von dem Ergebnis der erzielten abgesonderten Befriedigung. Das Fehlen einer eine solche Abhängigkeit für den Aufrechnungsberechtigten begründenden Vorschrift zeigt, daß er besser als dieser gestellt sein soll. Mit

[11]) Jäger, § 53 Anm. 30a.
[12]) RGZ. Bd. 80 S. 409.
[13]) Jäger, § 53 Anm. 30a; Mentzel, § 53 Anm. 2.

dieser rechtlichen Zweckverfolgung wäre die Anerkennung eines Bereicherungsanspruchs gegenüber dem mit der Ausfallforderung aufrechnenden Gläubiger unvereinbar.[14]) Daher muß die Annahme richtig sein, daß die außerhalb des Konkursverfahrens vor sich gehende Aufrechnung nicht den späteren Wegfall einer für die Berücksichtigung im Konkurse maßgeblichen Schuld herbeiführen kann.

Erkennt das Gesetz aber die Ausfallaufrechnung an, und zwar als eine außerhalb des Konkurses vor sich gehende Befriedigung, so kann diese niemals gleichzeitig den nachträglichen Wegfall eines ursprünglich gegebenen rechtlichen Grundes zur Folge haben. Ein Rückgewähranspruch aus § 812 BGB. kann daher im Zusammenhang mit einer rechtmäßig erfolgten Ausfallaufrechnung nicht entstehen.

[14]) Jäger, § 54 Anm. 1: Der Verkehr rechnet auf die durch die Aufrechnungslage begründete Anwartschaft.

Schluß.

§ 9. Ergebnis der Arbeit.

Das Ergebnis der Arbeit läßt sich dahin zusammenfassen:

Im Konkurse des Genossen kann die Genossenschaft mit ihren Forderungen gegen das Geschäftsguthaben des Genossen aufrechnen. Das Geschäftsguthaben, für dessen Errechnung § 73 GenG. maßgeblich ist, bildet bereits vor Ausscheiden des Genossen eine wirkliche Forderung gegen die Genossenschaft. Diese ist zwar vor Eintritt der besonderen in § 73 GenG. begründeten Voraussetzungen von einer Rechtsbedingung, nämlich dem Ausscheiden des Genossen, und dem Ablauf bestimmter Zeiträume abhängig. Mit Hilfe des § 54 KO. ist jedoch die Verwertung des Geschäftsguthabens vom Zeitpunkt der Konkurseröffnung ab möglich, wenn zuvor die Kündigung der Mitgliedschaft erfolgt. Diese Kündigung muß vor Aufrechnung erklärt werden, weil andernfalls die der Auszahlung gleichzuachtende Aufrechnung gegen das Auszahlungsverbot des § 22 GenG. verstoßen würde. § 22 GenG. erfährt aber durch den Konkurs keine Einschränkung. Das Geschäftsguthaben bleibt, wenn die Kündigung auch erst nach Konkurseröffnung erfolgen konnte, dennoch der analogen Anwendung des § 54 KO. unterworfen.

Die Genossenschaft ist nicht gehalten, zunächst mit ihrer Forderung gegen das Geschäftsguthaben aufzurechnen und mit dem danach ungedeckt gebliebenen Rest ihrer Forderung am Konkursverfahren teilzunehmen (so der in § 64 KO. niedergelegte Ausfallgrundsatz). Sie darf mit der Aufrechnung warten, indem sie zunächst mit ihrer vollen Forderung am Konkursverfahren teilnimmt und nach Erhalt der Konkursdividende mit dem unbefriedigten Teile ihrer Forderung nunmehr gegen das Geschäftsguthaben aufrechnet. In der Teilnahme am Konkurs mit der ganzen Forderung, ohne zuvor aufzurechnen, kann mangels Vorliegens besonderer Umstände kein Verzicht auf die spätere Aufrechnung gefunden werden. Die Aufrechnungsbefugnis wird durch das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs in keiner Weise berührt, so daß der Aufrechnungsberechtigte nach dem Zwangsvergleich mit seiner ursprünglichen, nicht etwa nur der durch den Zwangsvergleich gekürzten Forderung aufrechnen kann. Der nicht durch Aufrechnung zu deckende Teil der Forderung unterliegt dagegen allen Wirkungen des Zwangsvergleichs wie jede gewöhnliche Konkursforderung. Er

erfährt daher vor allem die durch den Zwangsvergleich etwa bewirkten Kürzungen. Wegen der erfolgten Kürzung der die Aufrechnungsdeckung übersteigenden Forderung kann daher kein Ausfall mehr entstehen, da die bestehenbleibende Forderung durch die Vergleichsquote in vollem Umfange berücksichtigt wird. Eine Ausfallaufrechnung läßt sich auch nicht durch Abreden sicherstellen, die die Ausfallaufrechnungslage ermöglichen sollen, da solche Vereinbarungen gegen § 181 KO. verstoßen würden. Dasselbe hat für den Vergleich auf Grund der Vergleichsordnung zu gelten, auch dort wäre eine die Ausfallaufrechnung bezweckende Satzungsbestimmung wegen Verstoßes gegen § 8 VerglO. nichtig.

Die nachträgliche Aufrechnung mit dem Ausfall begründet keinerlei Rückgewährpflichten wegen etwa zuviel erhaltener Konkursdividende aus § 812 BGB., da die Aufrechnung sich außerhalb des Konkurses vollzieht.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Bartsch-Pollak: Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung, 2. Aufl. Wien 1927.

Birkenbihl-Maurer: Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889, 2. Aufl. 1898.

Bley: Vergleichsordnung, Kommentar, Berlin 1935.

v. Böldendorff: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 2. Aufl. 1884.

Brambach: Begriff und Wesen des Geschäftsanteils und Geschäftsguthabens in der eingetragenen Genossenschaft, Diss. Erlangen 1897.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des deutschen Handelsrechts, Stuttgart.

Deumer: Das Recht der eingetragenen Genossenschaften, München/Leipzig 1912.

Deumer: Referat 1/5 des Untersuchungsausschusses für Bankwesen, 1933: Das deutsche Kreditgenossenschaftswesen.

Eckstein: Das englische Konkursrecht, Berlin 1935.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, III. Bd. 2. Abtl., Leipzig 1929.

Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wachselrechts, I. Bd., Leipzig 1881.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 13. Bearbeitung, Marburg 1921.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz und Begründung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1933. (Entw. 1933).

v. Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

Glafey: Geschäftsanteil und Geschäftsguthaben bei der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, Diss. Leipzig 1910.

Herling: Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit, Leipzig 1936.

Hullmann: Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, erläutert, 1879.

Jäger: Konkursrecht, Bd. 13 der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin 1924 (Jäger Lehrb.).

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, 6./7. Aufl. Bd. I, Berlin 1931. Bd. II, Berlin 1936.

Klang: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, IV. Bd., Wien 1935.

Kohler: Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1903.

Krakenberger: Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, München 1932.

Lang: Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, München 1906.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipzig 1903.

Mentzel: Kommentar zur Konkursordnung, 4. Aufl., Berlin 1932.

Motive zum Genossenschaftsgesetz: Sammlung sämtlicher Drucksachen des Reichstags, 7. Legislaturperiode, IV. Session 1888/89, I. Bd., Berlin 1889 (Motive).

Motive zur Konkursordnung: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstags, 2. Legislaturperiode, II. Session 1874/75, IV. Bd., Berlin 1875 (Stenogr. Ber.).

Nagel: Das Genossenschaftsgesetz, Kommentar 1926.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, Stuttgart 1891.

Pagenstecher: Vorträge über Konkursrecht, Gießen 1932.
Parisius-Krüger-Crecelius: Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 12. Aufl., Berlin 1932.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, erläutert, 3. Aufl., 1892.
Pisko: Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, Wien 1932.
Schlegelberger: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, Bd. I, Berlin 1933 (Rechtsvergl. Hwb.).
v. Sarwey-Bossert: Kommentar zu den Nebengesetzen, die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., Berlin 1900.
Seuffert: Deutsches Konkurs-Prozeßrecht, Leipzig 1899.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., Leipzig 1930.
Stein-Junker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., Tübingen 1928.
Waldecker: Die eingetragene Genossenschaft, ein Lehrbuch, Tübingen 1916.
Warneyer: Konkursordnung, Handkommentar, Berlin 1932.
Weber: Grundriß der Sozialökonomik, III. Abtlg., Wirtschaft und Recht, von Hesse, Tübingen 1925 (Hesse).
v. Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl., 1902.
Wolff: Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, 2. Aufl., 1921.
Zimmermann: Geschäftsanteil und Geschäftsguthaben bei der eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, Diss., Leipzig 1909.
Vogels: Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935, Berlin 1935.

Archiv für Bürgerliches Recht (= ArchBürgR.).
Blätter für Genossenschaftswesen (= BlfG.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (= RGZ).
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (= ROHG).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (= GruchBeitr.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des deutschen bürgerlichen Rechts (= JherJahrb.).
Juristische Wochenschrift (= JW.).
Konkurs- und Treuhandwesen, Monatszeitschrift für Wissenschaft und Recht (= KonkTrh.).
Leipziger Zeitschrift (= LZ.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (= OLG.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte (= SeuffA.).
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht (= ZfH.).
Zeitschrift des deutschen Notarvereins (= ZDNotV.).

Lebenslauf.

Am 14. März 1909 bin ich zu Koblenz als Sohn des 1935 verstorbenen Fabrikbesitzers Josef Albrecht Baer und seiner Ehefrau Katharina geb. Hamm geboren. Ich bin arischer Herkunft und katholischer Religion. Von Ostern 1920 ab besuchte ich das humanistische Gymnasium zu Andernach, wo ich am 27. Februar 1929 das Reifezeugnis erhielt. Vom S-Semester 1929 bis S-Semester 1930 studierte ich an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn, im W-Semester 1930/31 an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin und vom S-Semester 1931 bis S-Semester 1932 wieder an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn die Rechts- und Staatswissenschaften.

Die erste Juristische Staatsprüfung legte ich am 21. Oktober 1932 beim Oberlandesgericht Köln ab, und die Große Juristische Staatsprüfung am 11. März 1936 vor der Prüfungsstelle des Reichsjustizprüfungsamtes beim Oberlandesgericht Düsseldorf. Zum 1. April 1937 erfolgte meine Einberufung in den Dienst der Reichsfinanzverwaltung, und am 21. Dezember 1937 die Ernennung zum Regierungsassessor. Die mündliche Promotionsprüfung fand am 23. und 25. Februar 1938 statt.